ПРОБЛЕМЫ СОВЕТСКОГО ПРАВА

И. Д. ИЛЬИНСКИЙ.

ВВЕДЕНИЕ В ИЗУЧЕНИЕ СОВЕТСКОГО ПРАВА

ЧАСТЬ I.

ИНДИВИДУАЛИЗМ В БУРЖУАЗНОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ

ГОСУДАРСТВЕННОЕ ИЗДАТЕЛЬСТВО
ЛЕНИНГРАД
1925

ПРОБЛЕМЫ СОВЕТСКОГО ПРАВА

И. Д. ИЛЬИНСКИЙ.

ВВЕДЕНИЕ В ИЗУЧЕНИЕ СОВЕТСКОГО ПРАВА

ЧАСТЬ I.

ИНДИВИДУАЛИЗМ В БУРЖУАЗНОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ

ГОСУДАРСТВЕННОЕ ИЗДАТЕЛЬСТВО
ЛЕНИНГРАД
1925

ТИПОГРАФИЯ
„КОМИНТЕРН"
ГОСУДАРСТВЕННОГО ИЗДАТЕЛЬСТВА
ЛЕНИНГРАД
Екатерингофский пр., 87.



Гиз. № 10725. Ленинградский гублит № 1718. Тираж 7000 экз.—8 л.

ПРЕДИСЛОВИЕ.

Настоящая работа выросла из задуманного автором этюда о пределах применения буржуазно-правовых принципов в Советском праве. План сохранил следы первоначального замысла. Предлагаемая вниманию читателей первая часть содержит обрисовку принципов буржуазно-правовой доктрины в ее „классической“ форме. Подготовляемая к печати вторая часть имеет задачей проследить соотношение этих принципов с враждебными им коллективистическими началами в некоторых отраслях Советского права. Трудность задачи побудила автора избрать для сравнения наиболее разработанные части юриспруденции. Этим объясняется, что в тексте не затронуты столь важные области, как хотя бы административное, промышленное и земельное право, не говоря уже о международном.

Внимательный читатель без труда обнаружит в настоящей книге влияние того направления в марксистской юриспруденции, которое свыше 15 лет представляет у нас М. А. Рейснер. Автор с готовностью и признательностью свидетельствует, что многим в своем методе и строе мыслей он обязан этому выдающемуся ученому. В то же время он затруднился бы возложить на М. А. Рейснера ответственность за целый ряд мыслей, развитых на страницах книги и далеких от претензии на бесспорность.

Недостатки книги для автора вполне очевидны. С другой стороны, не возбуждает сомнений и потребность широких кругов читателей и учащихся в работе, намечающей принципы Советского права при помощи сравнительного метода. Автор принял на себя риск дать первую попытку в этом роде, надеясь, что будущее принесет более совершенные по замыслу и выполнению работы.

1 марта 1925 г.
Москва.

I. РОЖДЕНИЕ ПРАВОВЫХ ИДЕОЛОГИЙ.

1. Насилие, как орудие властвования.

„Массаи в восточной Африке, пастухи, живущие от своих стад определенной численности и не могущие доставить рабам ни работы, ни пропитания, убивают своих пленных". Этот, сообщаемый Ратцелем, факт лишь один в ряду множества подобных. [1] Тот же этнолог сообщает, что соседи массаев—вакамбы, промышляющие земледелием и торговлей, находят применение рабскому труду и потому сохраняют военнопленным жизнь. Именно к этому моменту, к первому решению победителя сохранить побежденному жизнь и использовать его для постоянных надобностей хозяйства, весьма близкий к марксизму писатель Франц Оппенгеймер приурочивает возникновение государства, права и соответствующих им более сложных форм хозяйственной деятельности. [2] Не будем касаться здесь вопроса, в какой мере прав немецкий социолог. Ясно одно: война и насилие являлись на заре культуры одним из важнейших, если не самым важным источником рабства. В своей длительной эволюции рабство лишь постепенно изживало следы своего происхождения. Первоначально раб покорялся своей судьбе только в том случае, если рядом стоял вооруженный победитель, побуждавший его к работе причинением боли, или если всякая возможность сопротивления парализовалась наложенными на члены оковами. Необходимость подчинения теснейшим образом связывалась в уме раба с представлением о насилии, осуществляемом определенным лицом или лицами. Рост народонаселения, с одной стороны, и усложнение общественного хозяйства, с другой, повели к развитию и усовершенствованию политического аппарата дикой или варварской общины. Выработались известные обычаи, технические правила, определявшие, между прочим, порядок надзора за рабами и на-

[1] Ратцель, „Народоведение," СПБ. 1902, т. I, стр. 121.
[2] Fr. Oppenheimer, „Der Staat". Frkf./M. 1907. S. 40.

ложения на них взысканий за уклонение от работ или иные проступки. Первоначально эти нормы разнились от прежнего произвола конкретных лиц лишь постольку, поскольку прямое насилие заменялось угрозой. Проверенная рабом на собственном суровом опыте основательность угрозы сделала ее действительным средством, независимо от наличия бича в руке хозяина в каждый данный момент. А с тех пор, как угроза, исходящая от хозяина, стала воплощаться в жизнь не им, а другим лицом, например, надсмотрщиком, мы получаем право говорить о зачатках социальной организации насилия.

Энгельс следующим образом описывает этот процесс:

„Естественное разделение труда внутри ведущей земледельческое хозяйство семьи позволило на известной ступени благосостояния применять одну или несколько посторонних рабочих сил. Это особенно имело место в таких странах, где старое общинное владение землей уже пало, или, по крайней мере, прежняя общая обработка уступила место частной обработке земледельческих наделов соответствующими семьями. Производство развилось настолько, что человеческая рабочая сила могла произвести теперь более, чем требовалось для простого ее поддержания; были на лицо средства, чтобы поддержать большее количество рабочих сил, а также и средства занять их; рабочая сила получила ценность. Но собственная община и союз, к которому она принадлежала, не доставляли никаких свободных излишних рабочих сил. Зато их доставляла война, и война была так же стара, как и одновременное существование нескольких общественных групп. До сих пор из военнопленных не умели делать другого употребления, кроме того, что просто умерщвлять их; раньше—их пожирали. Но на достигнутой в данное время ступени „экономического положения“ они получили известную ценность; таким образом, им стали дарить жизнь и пользоваться их трудом. Вместо того, чтобы господствовать над экономическим положением, насилие, наоборот, было вынуждено служить целям экономического положения. Было изобретено рабство. Оно стало скоро господствующей формой производства у всех развившихся за пределы старой общины народов“ („Антидюринг,“ 2-ой отдел, гл. IV).

О том же говорит высокоценимый Марксом Ленге:

„В этом принуждении сеять, не пожиная для себя, жертвовать своим благосостоянием для благосостояния других, трудиться без надежды,—в этом и состоит рабство. И разве

не оказывается истинным поворотным пунктом в истории тот момент, когда нашлись люди, которых можно было принудить к работе палочными ударами, приманивая несколькими мерами овса, которые им обещали дать, когда они вернутся в стойло. Только в более развитом обществе средства к жизни кажутся голодному бедняку достаточным эквивалентом за его свободу. В обществе же, стоящем на первых ступенях развития, такой неравный обмен кажется свободным людям ужасным. Его можно предложить только военнопленным. Только после того, как у них было отнято пользование всяким имуществом, подобный обмен мог показаться им необходимым" (Маркс, „Теория прибавочной ценности", Киев 1906, стр. 54—55).

2. Использование страха. В этом периоде развития наше внимание приковывает промежуток между изъявлением угрозы и ее осуществлением. В условиях жизни первобытного общества такой промежуток не мог быть слишком долгим. В противном случае, угроза утрачивала бы свой смысл. Но зато один или несколько раз доказав свою действительность, она находила богатейший и благодарнейший резонанс в сильно развитой внушаемости и подражательности первобытного человека. На место интенсивного чувства боли, сопровождающего физическое принуждение, становится не менее интенсивная, но гораздо более заразительная эмоция страха. Для того, чтобы испытать эту эмоцию, нужен нервно-психический аппарат, несколько усложненный по сравнению с тем, который умеет реагировать только болью на известные раздражения организма. Последнее свойство присуще уже чуть ли не амёбам и корненожкам. Но и страх широко распространен в царстве животных, особенно же у позвоночных. Вслед за Г. Шнейдером американский психолог Мак-Доугол, вопреки обычному взгляду, склоняется к мысли, что инстинкт страха прирожден даже птицам необитаемых островов. И если при первых встречах с человеком они не обнаруживают боязни, то лишь потому, что переживание страха не имело до того времени случая ассоциироваться у них с представлением о человеке. Можно, следовательно, считать, что страх является одним из древнейших и исконнейших инстинктов человечества (terror antiquus). Но лишь на известной ступени развития он поступает в услужение к господствующей группе, упрочивая создаваемую ею в своих интересах социальную организацию насилия. Для дальнейшего любопытно отметить устанавливаемую тем же Доуголом близость

явлений страха с фактами первичного правопорядка. Во всяком случае, несомненно, что страх телесного мучения от руки рассерженного владыки или просто соплеменника должен был служить огромной возможности дисциплинирующим фактором в жизни первобытного человека; благодаря этому страху он впервые приучался сдерживать и регулировать свои порывы, сообразно с нуждами общественной жизни. (Mc. Dawgall, „Introduction to Social Psychology". 18 Ed. Lnd. 1923. PP. 35—36)."[1].

3. Роль внушаемости.

Совершенствование организации насилия и внедрение в психику навыков послушания сопутствовали и дополняли друг друга. Количественное расширение общества, рост числа занятых в хозяйстве рабов и рост самого хозяйства открывали все новое и новое поле для упражнения: одних в отдаче сопровождаемого угрозой приказа, других в беспрекословном подчинении этому приказу, не выжидая осуществления сопровождающей его угрозы. Нервно-психические пути, по которым двигались „приказание-исполнение", как бы укатывались и все лучше приспособлялись для его передачи. Тем самым повышалась массовая внушаемость, а с нею сказанное переживание приближалось почти к рефлексу. Психология масс твердо установила прямо пропорциональную зависимость силы внушения от размеров поддавшейся ему массы. Действие приказа, адресуемого ко многим, усиливается, как это отлично показал еще Габриель Тард, волнами подражания, распространяющегося в их среде. Новейшая военная психология имела для проверки настоящего положения богатейший фактический материал, полностью его оправдавший. Но гипнотический или полугипнотический характер приказа-угрозы необходимо должен был несколько видоизменить его содержание. Обязательность приказа в сознании властвуемых уже не так тесно связывалась с представлением физической боли. Она получала в некотором роде независимое существо-

4. Первичная деонтология.

вание, ибо даже представление о живой личности носителя власти — автора приказа—отступало на задний план, бледнело и стиралось. Происходило то, что некоторые психо-

---

[1] „Введение рабства при тогдашних условиях было крупным прогрессом. Несомненен факт, что человечество начало свое развитие с состояния зверства, а потому ему требовались и варварские, почти зверские средства, чтобы выйти из варварского состояния". (Энгельс „Антидюринг", там же).

логи склонны называть диссоциацией (обособлением). Вместо суждения: „господин приказал сделать то-то, иначе я буду наказан плетью" созревало суждение: „нужно или должно сделать то-то". Первичная деонтология находила свои ранние, еще смутные и путанные формы.

5. Связь ее с божествами.

Если бы первобытный человек или дикарь мог мыслить отвлеченно, процесс диссоциации, по всей вероятности, привел бы его к созданию „чистых норм", „категорических императивов", „самодовлеющих истин нравственного и изящного", наполняющих труды современных философов идеалистического лагеря. Для такого плодотворного развития мыслительных способностей потребовались, однако, тысячелетия. Австралийский же нарниниери или невежественный обитатель Банксовых островов вынужден применяться к требованиям своего антропоморфического и вообще чающего живой действительности мышления. Изумляясь той непреодолимой силе, с которой действуют на него запреты или приказы, дикарь относит их происхождение в сверхъестественные сферы и связывает их силу с мощью духов или божеств, в изобилии создаваемых религией. Я не имею в виду касаться здесь труднейшего вопроса о происхождении религии и беру лишь тот момент общественного развития, когда она начинает занимать определенное место в организации социального принуждения. Маакиавелли в XI главе I книги своих „Discorsi" высказывает убеждение, что религия создана господствующими для своих политических целей. Это не по душе автору капитальнейшего труда о флорентинском секретаре — Паскале Виллари, который утверждает через пятьсот лет после появления „Discorsi", что Маакиавелли не понял духа христианства и был, строго говоря, язычником во всех отношениях.[1] Оставим пизанского профессора при его возвышенных взглядах и вернемся на минутку в праязыческую древность, чтобы ознакомиться с одним из замечательнейших религиозно-правовых институтов—табу.

6. Табу и классовое деление общества.

Табу — весьма распространенный среди дикарей и снабженный религиозной санкцией запрет совершать какие-либо действия. Существуют табу, наложенные путем магических обрядов на трупы, на родильниц, на мясо некоторых животных. К подвергшимся табу предме-

[1] P. Villari, „Life and times of Machiavelli" Transl. by Linda Villari Lnd. 1898. T. II. P. 98.

там нельзя прикасаться никому, кроме жрецов (они же нередко вожди и знахари), да и то с соблюдением особенного, иногда довольно сложного церемониала. Где социальная дифференциация еще слаба, пишет Вундт, там и заповеди табу применяются ко всем довольно равномерно. Но с момента появления сословий и необходимости организовать массовое социальное принуждение табу становится средством для этой цели, более мощным и действительным, чем самые варварские и жестокие наказания. Господствующие классы ограждают путем табу неприкосновенность своего тела и имущества. Вне круга табуированных оставляются на Маркизских островах низшие, например, женщины, мужская прислуга, а также певцы и танцовщики; в других местах этот круг значительно уже, и большая часть мужчин племени не пользуется благами табу. Было бы очень интересно проследить развитие запретов табу в связи с классовой дифференциацией племени, но это стоит вне прямых задач настоящей работы. Пока же достаточно отметить, что среди полинезийцев вошло в обычай закреплять право собственности путем торжественного провозглашения табу, и что этот обычай стал употребляться не только для охраны своего, но и для захвата чужого имущества. [1] Ученые единодушны в признании того общего факта, что по разделении на сословия запреты табу стали служить интересам благородных и богатых, с успехом заменив прежние грубые меры воздействия физической силой и угрозой. Служба этих запретов, можно сказать, бессрочная; меняются только кантики, выпушки и петлички, в которых они выступают. Для древних евреев понадобились данные с вершины Синая скрижали завета, повелевавшие: „Не укради. Не пожелай жены ближнего твоего, ни осла его, ни вола его“. Неверующая буржуазия, с конца XVIII в. и по наше время продолжает изгонять религию из политического и гражданского оборота. Она оставила, однако, духовному потомству табу местечко в своих конституциях, торжественно, с соблюдением импозантного учредительско-парламентского церемониала, провозглашающих: „собственность священна и неприкосновенна“.

7. Классовая „правда“. Михайловский восторгался богатством смысла русского слова „правда“, в котором неразрывно слиты понятия истины и справедливости. Добиваться правды значит, с одной стороны,

---

[1] В. Вундт, „Миф и религия“, пер. под ред. Овсянико-Куликовского, СПБ., стр. 279.

стремиться к трезвому, разумному пониманию действительности, строить зеркальное отражение мира, как он есть, со всеми его темными и светлыми сторонами, а с другой—бороться за воплощение в жизнь своих идеалов, своих представлений о справедливом и должном. Отсюда—правдоискательство. В историческом развитии мысль знаменитого публициста нашла многочисленные и разнообразные выражения. Каждый класс творил свою двуединую правду. Он начинал при этом с правды „справедливости“ и во имя ее воздвигал приказы, заповеди и запреты, обеспечивавшие его привилегии, его господство. Но дабы не создавалось дисгармонии между умопостигаемым царством должного и видимым грешным царством сущего, искажалось и на разные лады приспособлялось представление о мире. Одушевлялась немая безучастная природа, реки струились не к морю, а в царство целей, всякое дыхание хвалило господа, и камни вопияли в пользу свыше данных заповедей. Мы видели, как просто и легко разрешается вопрос о правде идеологией дикаря. Вместо запрета, налагаемого владыкой, то-есть, в конце концов, таким же двуногим с мускулами и кровью человеком,—священное табу, исходящее свыше, защищаемое могущественными богами или демонами неба и земли. Этот удобный рецепт являлся, однако, безукоризненным лишь в той мере, в какой жрец соединял в своем лице умственное и физическое превосходство, был главою племени на войне, его судьею в мирное время и заступником перед небесами всегда. В последующем классовое развитие с ростом общественного разделения труда приводит к разделу власти между первыми двумя сословиями—духовенством и воинством, или воплощающим последнее королем. Идеология приспособляется к новому положению и подводит умственный фундамент под деонтологии господствующих групп в такой форме, которая по возможности п р и е м л е м а д л я н и х в с е х. Разница между типами мышления Индии II века и Эллады IV века до нашей эры и средневековой Европы не так велика, как сходство между ними. Законы Ману свидетельствовали, что верховное существо произвело браминов из своих уст, кшатриев (воинов) — из рук, вайшиев (купцов)—из бедер и шудр (земледельцев)—из ног. Соответственно распределены и социальные функции между кастами: на браминах лежит изучение Вед и богослужение, кшатрии должны защищать народ, быть милосердными и не предаваться чувственным удовольствиям, вайшиям предназначены подача милостыни,

торговля, ссуда за проценты,—впрочем, они, как и кшатрии, должны изучать священные книги. С шудрой дело обстоит много проще: ему указано служить предшествующим классам, не принижая их достоинства, и ни в коем случае не пытаться проникнуть в смысл священных книг. „Уши шудры, умышленно подслушивающего чтение Вед, да будут наполнены расплавленным свинцом; да будет отрезан язык его, если он вздумает повторить Веды, да будет истерзано в клочья тело его, если он станет хранить Веду в своей памяти". Таковы суровые постановления Дарма-Шастры Гаутамы, дополнявшие морально-эстетическую рассортировку людей, установленную сводом Ману. Лалитавистара, не менее важный памятник буддийской религии и канонического права, следующим образом объясняла интерес Готамы Будды к вопросам генеалогии: „бодисатвы (просветленные) не родятся в презренных семьях, в семьях чандал (париев), игроков на дудке, или каретников, или домашних слуг". [1]

Платон усвоил почти то же разделение общественных классов и лежащих на них обязанностей. Божество примешало золото в души правителей, наделенных мудростью, и серебро в души воинов, наделенных храбростью. На долю ремесленников и работников остались лишь неблагородные металлы—медь и железо; соответственно тому им и приличествует жить умеренно, служить высшим сословиям и во всем подчиняться их руководству. В таком гармоническом устройстве общества Платон видит воплощение п р а в д ы, неразрывно соединяющей здесь истину с добродетелью.

8. Идея иерархии в средние века.

Излюбленное многими писателями тройственное деление общества, отвечавшее в общих чертах античному строю, оказывается, однако, недостаточным для эпохи средневековья с ее многочисленными пересекающимися делениями и разветвленной иерархией. Церковь, в то время почти единственная носительница идеологии, колеблется между желанием, с одной стороны, резко отделить хранителей божественной благодати от простых смертных, а с другой стороны—нарисовать такую картину общества, которая, сохраняя в главном это деление, удовлетворяла бы также потребности в господстве других общественных группировок, в первую очередь, конечно, феодального дворянства. Колебания церковной идеологии с полной отчетли-

[1] В. А. К о ж е в н и к о в, „Буддизм в сравнении с христианством (капитальнейшая из русских работ по буддизму)", т. I, Петроград, 1916, ст. 249 и passim.

востью выступают в переписке одного из замечательнейших представителей средневековья—Григория VII. В 1080 г. он разъясняет герцогу богемскому Вратиславу, что род человеческий разделяется на немногих, свыше облеченных благодатью, восприявших тайну откровения и призванных к властвованию и руководительству, и многих незрелых, составляющих немое, пасомое первыми и послушное им стадо. И почти одновременно с этим (1079) тот же первосвященник указует в послании трем французским архиепископам, что весь строй вселенной покоится на иерархических началах. В лестнице существ тварь от твари различается своим значением и чином, при чем низшие ступени должны подчиняться высшим. Здесь, следовательно, сохраняются преимущества церкви, но на ряду с ней и прочие сильные приемлют свою долю участия во власти сообразно достоинству: иная слава солнцу, иная луне, иная звездам. Какая символика привлекалась в помощь этой идеологии, перечислять не стоит: теория двух мечей была одним лишь и отнюдь не самым хитроумным ее проявлением. Но маскировка чисто земных вожделений, несмотря на все старания схоластической апологетики, не отличалась особым искусством. Даже идеалистически настроенный исследователь Е. Н. Трубецкой устанавливает, что в доктрине Григория Гильдебранда и современных ему публицистов духовная власть мало чем отличается от политического верховенства, которое, в свою очередь, незаметно сближается с собственностью. „Поэтому, то, заключает Е. Трубецкой, под руками Григория духовная власть св. Петра беспрестанно материализируется в собственность“. А из переписки Григория с Вильгельмом Завоевателем, герцогом норманским Гюискаром, русским князем Изяславом и многими другими видно, что благодать и даже спасение души могут быть объектом частно-правовых, в полном смысле слова, сделок между церковью и верующими.[1]

9. Морально-эстетическая идеология.

Религиозно-мистическая идеология, черпающая значительную долю своей влиятельности в области подсознательной психики, вполне отвечает несложным умственным запросам первобытного человека. В дифференцированном обществе она оказывается недостаточной и довпитывает

---

[1] Е. Трубецкой, „Религиозно-общественный идеал западного христианства в XI веке“. В. I, стр. 125, 143, 267, 284. Любопытно, что собственность церкви находилась под запретом табу. Посягавшие на нее подвергались отлучению и другим суровым церковным карам.

элементы морально-эстетического порядка, основывая иерархию власти на достоинстве вообще, как мы видели это у Григория VII, или на достоинстве происхождения (законы Ману, Платон в учении о составе душ разных классов общества) и т. п. Борьба между разными группами средневекового общества, нередко обращающаяся своим острием против церкви и подрывающая ее духовный авторитет, рост всевозможных ересей с большей или меньшей примесью рационалистических начал, все это толкает мысль на попытки новых идеологических построений. Их творцы стараются разредить мистико-религиозный туман, скрывающий от глаз непосвященных происхождение и природу общества. Правда, при этом немедленно образуется новый идеологический ореол, но зато более светский и потому более удобопонятный. Церковники едва ли не первые учитывают преимущества нового орудия. Это, впрочем, в порядке вещей, ибо 95% средневекового мышления — плод монастырской и вообще религиозной культуры; идеологическое отражение социальной борьбы при таких обстоятельствах не могло миновать определенной, под известным углом лучепреломляющей среды. Энциклопедист средневекового мировоззрения, ангельский доктор Фома Аквинат в своем политическом учении уже сильно ослабляет роль религиозного момента. С его точки зрения из социальных неравенств только рабство явилось продуктом грехопадения. Неравенство знания, добродетели, силы, красоты и др. должны были существовать у людей еще без греха. Власть, как таковая, *вообще* идет от бога, но *относительно* она может не исходить от него, например, *власть несправедливая*. В смешанном образе правления, который рисуется Фоме Аквинскому наилучшим, верховный глава избирается за добродетель и заслугу, вельможи — за личное достоинство; послушествующий им народ выборами признает выдающиеся качества властителей.

Учение Фомы Аквинского по существу лишь утончает правила Салического закона, устанавливавшего расценку достоинства разных классов на деньги. Эта расценка, многократно повторявшаяся в законодательных памятниках древности, в Салическом законе едва ли не впервые достигает настоящей полноты выражения. Глава 43 „об убийстве свободнорожденных“ расценивает жизнь простого франка или варвара, находящегося под покровительством закона в 8.000 динариев или 200 солидов золота. Римлянин податного звания таксировался ниже всего лишь в 1800 динариев или

45 солидов золота. За убийство римского собственника уплачивалось 4.000 динариев или 100 солидов золота. Еще выше ценился римлянин—королевский гость—в 12.000 динариев или 300 солидов золота. И, наконец, жизнь королевского антрустиона, то-есть, лица, занимавшего какую-либо из высших должностей при королевском дворе, уравновешивалась огромной суммой в 24.000 динариев или 600 солидов золота. Салический закон относится к VII веку. В конце XI века, в 1086 г., по приказанию Вильгельма Завоевателя была составлена в Англии роспись земель и оброков, известная в истории под названием Думсдэйбук—книга судного дня. Из нее можно почерпнуть весьма ценные сведения относительно сословного деления тогдашнего общества. Оставляя в стороне горожан, монахов и рабов, Думсдэйбук указывает следующие важнейшие сословия: 1) свободные владельцы и непосредственные вассалы короля — нечто в роде антрустионов Салического закона. Перепись насчитывает всего лишь 1.400 лиц, принадлежавших к этому сословию и стоявших непосредственно под королем, как верхушкой общественной пирамиды. За ними шли 2) второстепенные вассалы числом около 8.000 и 3) прочие владельцы класса свободных людей до 250.000 человек. Далее перепись исчисляет 4) несколько разновидностей несвободных и полусвободных людей: сокеманы, связанные лишь военной службой, присягой в верности и еще некоторыми повинностями и податями; колиберты, весьма близкие к предыдущим; дренги — прислуга и оруженосцы; гебуры — крепостные, немногим отличавшиеся от основной массы закрепощенных—вилланов; наконец, бордарии—дворня из норманнов низшего сословия, стоявшая между крепостными и рабами. В этом перечне опущены малочисленные или малоинтересные по своей социально-правовой характеристике сословия. Но и в таком виде он дает весьма выразительную картину дробности делений в феодальном обществе XI века. Лампрехт в следующих чертах устанавливает связь между судьбами крупного земледелия и юридическим расслоением несвободных:

„Рядом с иерархическим расчленением в пределах отдельного поместья возникла иерархическая группировка между самыми поместьями. Несвободный житель казенного имения пользовался бо́льшим уважением, чем другие несвободные: ведь королевская милость могла поднять его из служащих имения на степень барона или графа: соответствовавшие несвободным франкских казенных имений не-

свободные герцогского баварского фиска прямо так и называются „благородными холопами“ (Adalschalke). И если несвободные знатных светских помещиков гордились могуществом своего господина и тем почетом, которым он пользовался у короля, то несвободные церковного поместья хвалились меньшими тягостями и большим богатством имения“.

„Под влиянием крупного землевладения однородная доселе масса несвободных расчленилась сообразно различиям в них служебном и хозяйственном положении и соответственно общественному положению господ; право следовало за процессом социальной дифференции; начали признавать различие положения и в частно-правовой сфере; таким образом достигнута была более высокая ступень развития, на которой несвободные лицом к лицу столкнулись с крепостными“ (Лампрехт, „История германского народа“, т. I, М. 1894, стр. 370—1).

10. Идея ранга. Пестрота и клеточность феодального общества находили свой противовес в характерной для того времени идее ранга. „Все закреплено, прикреплено к своему месту в иерархической системе: всяк сверчок да знает свой шесток“,—пишет о феодальном порядке Н. И. Бухарин. [1] Стройность этой системы была, однако, только кажущейся. Но самая система и до сего времени не утратила своего обаяния, повторяясь в германистических теориях немецких юристов Гирке и Безелера и перебрасываясь даже в писания гильдейских социалистов и разного рода эстетствующих социал-реформаторов. Не так давно вышла работа Броуна, пытающаяся связать идеалы средневековья с классическими учениями англо-саксонского индивидуализма. [2] Между тем, еще Гизо резко выступил против обманчивых представлений о стройности феодального порядка, отмечая, что „никогда феодализм не мог добыть из себя начал порядка и единства, достаточных для того, чтобы образовать целое и сколько-нибудь правильное общество“. Но этот же писатель с удивлением отмечает искусство и труд, приложенные защитниками феодализма в превознесении постепенства связей владетелей феодов между собою. В феодализме, по их словам, „никто не был уединен, и в то же время каждый оставался господином и свободным у себя дома... Можно было

---

[1] Бухарин, „Теория исторического материализма“, изд. 2-е, стр. 275.

[2] Brown, „English political Theory“, 1920; см. об этой книге мою статью в „Печати и Революции“ 1924, № 1.

подумать, что никогда независимость неделимого не была счастливее согласована с гармониею целого“. [1] Эта превосходная характеристика вполне уясняет одну из причин устойчивости феодальных идеологий, переживших свое время и украшающих наиболее модернизированные теории упадочной буржуазии, как слепые фигуры закованных в латы рыцарей украшают палаты какого-нибудь консервного или нефтяного короля. Идея ранга с исключительной настойчивостью и тонкой отделкой малейших деталей—плодом художественного ремесла и религиозной схоластики средневековья—проникает все феодальное мышление сверху и до низу. Впоследствии она была использована подымающейся королевской властью, как орудие в борьбе против непокорных баронов. Буржуазия унаследовала из этой идеологии лозунг „порядка“ (преобразование „ранга“), который в соединении со „свободой“ получил столь магическое влияние на умы городского и сельского мещанства. Мы видели выше, что даже мечтательные социалисты из интеллигенции вместе с получившей воспитание к колледже Рёскина верхушкой рабочей аристократии находят в феодальных теориях сродные своему темпераменту и миропониманию элементы. Отсюда видна вся колоссальная мощь этой идеологии, очарование которой почти так же сильно, как очарование напоминающих ее готических соборов с их единством в многообразии и гордыми пирамидальными куполами, венчающими собой царство устремившихся вверх шпицов.

11. Ее влияние на мистику. В продолжение средних веков, пишет Поль Жанэ, мистицизм проявлял более или менее сильное отвращение к схоластике. Только в XIII веке он дал себя связать. [2] Борьба чистого мистицизма и схоластики сама по себе чрезвычайно поучительное явление даже для истории политической мысли, к которой она, казалось бы, прямого отношения не имеет. Жанэ в своем классическом труде отводит ей, однако, изрядное место и поступает совершенно правильно. Я не имею возможности проследить здесь длинную и запутанную цепь, соединяющую самые факты социальной борьбы средневековья с их идеологическими отражениями. Но кое-какие моменты придется наметить. И в первую очередь стоит остановиться на борьбе двух течений в мистицизме,

[1] Гизо, „История цивилизации во Франции“, т. III.
[2] Поль Жанэ, „История государственной науки“, кн. 1. СПБ. 1876, стр. 299.

их коих одно можно бы назвать упрощающим, а другое усложняющим. Первое из них стремится опереться на бесформенную нерасчлененную материю, поставляемую деятельностью подсознания. Поэтому Рибо в одной из лучших своих работ сближает мистическое воображение с расплывчатым и отрицает за мистическим знанием какую бы то ни было научную ценность.[1] Он мог бы сослаться на целый ряд мистиков в подтверждение своей мысли. Так, Эригена учил, что бог в своем самобытии абсолютно бесформенен и непостижим. Он чужд всякой определенности и справедливо называется „Ничто". Совершенно в том же духе рассуждал Мейстер Экгарт. По его учению, бог есть существо настолько простое, что в нем не может быть допущено никакого различия. Поэтому никакие определения не могут быть отнесены к богу. Естественно, что и душа человека, в которой обитает божественное начало, является столь же простым существом.[2] Таково мистическое учение чистейшей воды. Наоборот, знаменитый соперник Фомы Аквинского св. Бонавентура, в сочинениях которого Жанэ усматривает победу схоластики над мистицизмом, уже значительно отдалился от изначальной целостности и чистоты мистического восприятия. Прежде всего, он даже духовным существам приписывает сложный состав из материи и формы. Наконец, Бонавентура с особой отчетливостью чертит иерархическую лестницу, по которой движется занятый мистическим упражнением дух. Любопытно, что на первой ступени лестницы дух видит везде во внешнем бытии вес, число, меру и непрерывный ряд вещей, восходящих в порядке их совершенства. Было бы весьма опасно упрощать процесс переработки впечатлений социальной среды в воображении мистика. Но, кажется, иерархический ряд вещей, созерцаемый духом при первом взгляде на окружающий мир, очень близок тому представлению о феодальном порядке, которое проповедывалось его защитниками.

Сходные мысли мы встречаем у других мистиков. Для нас интересна та часть учения, в которой проступает понятие сложности души, неизбежно влекущее за собой признание ценности ее интеллектуальных, созерцательных и оценочных функций рядом с устремлениями чисто мистического свойства. Рейсбрук Удивительный различает в чело-

---

[1] Рибо, „Творческое воображение", СПБ. 1901, стр. 184.

[2] При изложении учения мистиков я руководствовался, главным образом, книгой Штекля, „История средневековой философии". М. 1912.

веческой душе три начала: чувственное, разумное и духовное. Для первого он допускает даже активную жизнь, которая выражается в нравственных добродетелях, в том числе в справедливости. Еще более отошел от чистого мистицизма Жерсон. Этот выдающийся мыслитель с самого начала различает два направления духовной жизни—теоретическое и практическое. Разум предписывает, а воля исполняет. Затем Жерсон пускается в исследование разных тонкостей, вытекающих из этого основного положения, но цель его лежит в том, чтобы, в согласии с интересами феодальных князей церкви, отвести им подобающее место в церковном управлении. Собор, учит Жерсон, пользуется законодательной властью в церкви, а папа только исполнительной. И далее построяется по излюбленному иерархическому укладу церковное управление, которое должно вмещать три основных элемента: монархический в лице папы, аристократический в коллегии кардиналов и демократический в соборе. Писания Жерсона в высшей степени интересны именно потому, что в них с редкой ясностью обнаруживается связь мистических доктрин с событиями общественной жизни и волновавшей ее борьбой за власть между различными социальными группами.

Мистики облегчили положение других мыслителей средневековья. Если даже в мистических потемках открывались просветы для влияния оценивающего разума и эстетического созерцания, то и подавно могли почерпать в этих областях свои аргументы более светские писатели. Оккам, разрабатывая вопрос о наилучших принципах управления, сталкивается, между прочим, со следующим доказательством в пользу необходимости папской власти: всякое тело несовершенно и безобразно, если не имеет главы. Некоторые утверждают, что глава церкви—Христос, но в видимом теле необходим кроме того и видимый глава, который бы телесно управлял союзом, и к которому могли бы прибегать верующие. Это умозаключение любопытно ссылкой на неблагообразие, в качестве аргумента за возглавление церкви римским епископом. Для Тертуллиана с его верой, вопреки очевидности, ничем неугашаемой верой в бессмыслицу, подобное рассуждение было бы, пожалуй, неприемлемо. В самом деле, нельзя же ставить то или иное решение вопроса о божественных вещах в зависимость от суетных и текучих людских представлений о совершенстве и благообразии. Тертуллиан сослался бы на прямое свидетельство промысла божьего, и тем дело было бы кончено

для него и для многих из предшествовавших и современных ему отцов церкви. Неизвестный автор знаменитого в XIV веке отрывка „Сон в саду“ возносит свои притязания еще выше. Свое мерило совершенства он прилагает не только к земной церкви, как отражению небесной, но даже непосредственно к последней. Один из собеседников „Сна в саду“ высказывает следующее убеждение. Всякий порядок тем совершеннее, чем более он приближается к единству. В небесной монархии светила управляются бесплотными духами, ангелами, и все зависит от первого двигателя, бога, который уравновешивает всеобщее движение. Точно так же и на земле телесное должно быть подчинено духовному, и все должно получать движение от первого двигателя, властвующего над душою.

12. Идея ранга у революционеров конца средних веков.

Влияние идеи ранга сказалось даже на таких смелых мыслителях, как демократ-революционер XIV века Марсилий Падуанский, занявший весьма своеобразное положение в споре церкви с государством. Властолюбию пап он противопоставил не романтику всемирной империи, а демократическую свободу, отрицая при этом за церковью всякую принудительную власть. Самое желанное в государстве есть, по мнению Марсилия, спокойствие, как самое опасное — внутренние смуты и раздоры. Но спокойствие есть не что иное, как хорошее расположение частей, при котором каждая может совершать свое дело сообразно с разумом и со своим назначением. Марсилий насчитывает всего шесть частей государства: земледелие, ремесла, торговля, военное дело, священство и суд. Первые три составляют простой народ и осуществляют вульгарные функции сохранения тела и умерения его действий. Наоборот, последние три части суть главные или почетные и имеют высокое назначение. Они умеряют не телесные, но душевные действия. Так, священство умеряет человеческие действия в целях спасения души. Судебная власть умеряет действия воли через согласование отдельных воль в интересах достижения общественной пользы и справедливости. Она есть главная во всем государстве. Так как для выполнения ее задач необходима принудительная сила, то судебная власть получает ее в лице военного сословия. Таким способом достигается гармония сословий, которая увенчивается верховной законодательной властью всего народа. До этого момента мысль Марсилия движется, так сказать, в горизонтальной плоскости, и

только здесь возникает подымающаяся ввысь метафизическая лестница, в которой место рядов занимают ступени. Мыслитель возвращается к учению Аристотеля, насчитывавшего четыре рода причин: материальная, формальная, движущая и конечная. Материальную причину в государстве Марсилия Падуанского составляют сами люди, выполняющие различные должности. Форма этой материи дается возвышающимся над ней законом, ближайшим применителем которого является судебная власть. Но закон истекает от народа и даже от бога, как от верховного законодателя, выше которого в данном случае стоит лишь положенная государству конечная причина или цель—благая жизнь, составляющая предмет стремлений всей живой твари. В известной монографии Треймана о тираноборцах можно найти много любопытных примеров важной роли, которую играла разного рода эстетическая символика в политических идеологиях средневековья. Трейман, правда, не использовывает при этом материалов, даваемых учением Марсилия Падуанского, пожалуй, наиболее законченным изо всех. Но зато чрезвычайно интересны выдержки, приводимые немецким писателем из менее известных тираноборцев. Так, он отмечает начала органической теории у Саламония. Государство есть как бы тело, в котором монарх является главою, но, следовательно, и членом тела, обязанным действовать в общих интересах последнего. Мы видели выше, какие выводы добывает из того же сравнения Марсилий. Еще интереснее прием, к которому прибегают одновременно Юний Брут, Бешер и Буханан для того, чтобы отделить понятие „народа" от понятия „черни", призрак которой постоянно пугал (и пугает) властвующие классы. Народ не есть многоголовый зверь, кровожадная и беспорядочная толпа, но некоторая организованная совокупность, единая целостность, нечто в роде корпорации—universitas. В качестве таковой народ имеет свои органы—магистратов, сенаторов или иных лиц, получающих свою власть непосредственно от него.

13. Эпигоны феодализма. Органические теории общества имеют весьма почтенное историческое прошлое. Ими пользовались представители самых различных направлений: консерваторы, революционеры и умещавшиеся между теми и другими представители разных оттенков либерализма от Блюнчли и Спенсера до Шеффле включительно. Но в большинстве случаев писатели, которые пользовались органическими аналогиями, любили говорить о медленном органическом росте

учреждений и об особом, превышающем ограниченные силы разума укладе государственности. Те самые аналогии, которые применялись революционерами XIV—XVI веков для оправдания народного верховенства, давали в опытных руках консервативных юристов и политиков совершенно обратные результаты. Наиболее цельный из сохранившихся в XIX столетии обломков феодализма, Жозеф де-Местр, дает тому превосходные доказательства. Он согласен с тем, что государство есть тело. Но как таковое оно должно быть единым и подчиняться единой разумной воле, исходящей из одного центра. Народ не может быть этим центром, ибо он не дает даже взаимодействия частных воль, а просто их арифметическую сумму. Это—воплощение каприза, разбросанности и розни, лишенное всякого единства и преемственности. Буханан говорил о представителях народа, как об его органах. Но кто нуждается в представителях, спрашивает де-Местр и отвечает: ежедневно в судах ребенок, сумасшедший и отсутствующий заменяются представителями, уполномоченными на то единственно законом. Народ соединяет в себе эти три качества в высшей степени, так как он вечно дитя, всегда безумен, всегда и везде отсутствует. Эмиль Фагэ исключает де-Местра из чистокровных поборников аристократии на том основании, что он не домогался для этого сословия особых прав. Но зато автор „Петербургских вечеров“ возлагает на аристократию особые обязанности. История учит нас, что обязанности слишком часто бывали простою маскою прав. Для де-Местра монархия—внутренняя сила, которую вельможи, как каналы, передают к окраинам. В его государстве душою является король, органами—вельможи, орудием—вооруженная сила, материалом—толпа. С внешней стороны все это очень похоже на схематику Марсилия Падуанского. Но употребление из однородных схем сд лало совсем различное, не настолько, однако, чтобы нельзя было различить проникающих оба учения элементов морально-эстетической идеологии.

Другой эпигон феодализма, виконт де-Бональд, повторяет представления ранга в еще более утрированной форме. В основу своих построений он кладет излюбленное схоластиками число три. Троичность или совокупность причины, орудия, следствия в глазах Бональда все. Так, например, в семье: причина — муж, орудие — жена, следствие — дети. В государстве: причина—монарх, орудие—патрициат, следствие—сохранение и воспроизведение народа. Эта конститу-

ция является единственно возможной. Никаких других нет, ибо, воплощая в себе хаос, они лишь по недоразумению называются конституциями. Оригинальная мыслительная машина Бональда по-своему перерабатывала представления о дореволюционном строе Франции. Он решительно оспаривал представление, будто этим строем подавлялась личная свобода. Как раз, наоборот. Старинный порядок предоставлял каждому гражданину именно столько свободы, сколько он, этот гражданин, мог вместить. Свобода, учил Бональд, вопреки тому, что говорилось Руссо, не дается человеку от рождения. Ее нужно завоевать. Проявите достаточную энергию, выкажите свою талантливость, и вы займете в обществе как раз то положение, которое вам приличествует. Вы будете свободны, благодаря вашей корпорации, наделенной правами и привилегиями; благодаря службе или магистратуре, в которую вы вступили; благодаря преимуществам церкви, облекшей вас своим саном; наконец, благодаря дворянскому званию, которое вы завоевали своей доблестью или своими дарованиями. Если у вас нет ни одного из качеств, необходимых для завоевания этих прав, то пеняйте на себя. Но, строго говоря, нечего и пенять, ибо тогда вы не нуждаетесь ни в какой свободе. Для вас остается, тем не менее, достаточно почетное поприще. Вы должны выполнить свое назначение в домашнем кругу и во всяком случае можете трудом, аккуратностью и бережливостью приобрести имущественную независимость.

Такова эта теория, для которой русский буржуазный либерал Чичерин не жалеет эпитетов „ребяческая", „фантастическая" и т. д. Чичерин—представитель совершенно иной идеологии, к изучению которой мы и приближаемся. Она обволакивает порою его мысль, как непроницаемый туман, и обволакивает скорее всего именно потому, что Чичерин сам политический писатель и притом представитель воинствующей, хотя—увы—далеко не революционной буржуазии. Другой буржуа, Эмиль Фаге, принадлежащий к более мирной профессии (история литературы), ближе проник в те интимные мотивы мышления Бональда, которые покойный Вильям Джемс назвал бы ядром мировоззрения этого мыслителя. Фагэ нашел у Бональда историческое чутье, узкий, но последовательный ум и, главное, стремление к стройности во что бы то ни стало. Такому писателю должен был доставить глубокое эстетическое удовлетворение старо-французский порядок. Можно, разумеется, спросить: а как было с удовлетворением моральным? Но для рас-

сматриваемого сейчас типа идеологии добродетель и справедливость по большей части вполне покрывались стройностью. И если представитель буржуазной умеренности и аккуратности Чичерин не может и не хочет понять могучие внутренние пружины, толкавшие в определенном направлении мысль Бональда и де-Местра, то ярчайший и своеобразнейший из русских представителей морально-эстетической идеологии, Константин Леонтьев, отплачивает самым язвительным презрением поборникам постного мещанского благополучия. „Не ужасно ли и не обидно ли было бы думать, что Моисей всходил на Синай, что эллины строили свои изящные акрополи, римляне вели пунические войны, что гениальный красавец Александр в пернатом каком-нибудь шлеме переходил Граник и бился под Арбеллами, что апостолы проповедывали, мученики страдали, поэты пели, живописцы писали, и рыцари блистали на турнирах для того только, чтобы французский, немецкий или русский буржуа в безобразной и комической своей одежде благодушествовал „индивидуально" и „коллективно" на развалинах всего этого прошлого величия?.." Класс, представителем которого был Леонтьев, уже окончательно клонился к закату, и ему не было нужды прикрывать свое господство какими бы то ни было обоснованиями „от справедливости". При свете догорающего дня окрасилось величественным колоритом пурпура все это невозвратное прошлое. Для перехода от красоты к голой жестокости и насилию не требовалось посредствующих звеньев вроде справедливости, уравнивающей или даже распределяющей каждому по достоинству его. Иван Аксаков определял учение Леонтьева как „сладострастный культ палки". Правда, с присущей многим русским мыслителям способностью доходить до крайних выводов Леонтьев не подыскивал для „палки" этического оправдания или доброго юридического титула вроде „народной воли", либо демократии и т. п. В его сочинениях, как на картинах Рембрандта, очарование достигается ослепительной яркостью света рядом с густой чернотой тени. Здесь морально эстетическая идеология становится просто эстетической и празднует свою лучшую, хотя и сильно запоздавшую победу.

14. Пластическое воображение.

Рибо в цитированной уже однажды мною книжке говорит о пластическом воображении, особенности которого сводятся к отчетливости очертаний как в целом, так и в подробностях. Представителям морально-эстетической

идеологии свойственен в большинстве случаев именно этот тип воображения. На то имеются свои социально-исторические причины. Слабо дифференцированное патриархальное общество не требует от человека ясных и, так сказать, членораздельных представлений об окружающей его социальной среде. В экономике — натуральное хозяйство, в праве—обычай, в воображении—бесформенный мистический туман, лишь кое-где прорезываемый смутными очертаниями символов. Совсем иное в феодальном обществе с его резкой дифференциацией. Здесь хозяйственные функции поделены по сословиям, а в пределах одного и того же сословия по цехам. Соответственно этому право раскидывается широкой узорчатой сетью жалованных грамот, привилегий, прерогатив, сервитутов. И воображение стремится достигнуть того идеала, который Рибо обозначает, как отчетливость в сложном. Мы увидим, как логика хозяйственного развития в период буржуазно-капиталистического общества автоматически повлекла за собою дальнейшее развитие и перерождение морально-эстетической идеологии.

15. Упрощение классовых противоречий в буржуазном строе.

Эпоха буржуазии, говорит Маркс в „Коммунистическом Манифесте“, отличается тем, что она упростила классовые противоречия.[1] Промышленный капитал разрушил ремесло. Вместо традиционных, передававшихся через поколения, приемов, секретов личного искусства, заботливо охранявшихся рецептов смешения красок и закалки стали, обессмертивших лионские шелка, брюссельское кружево и толедские клинки, промышленный капитализм поставил математически выверенные и легко сводимые к единообразным значкам формул монотонные движения машин с колесами, поршнями и рычагами, одинаковыми в Толедо и Золингене, Лионе и Дрездене, Брюсселе и Праге. Значок мастера,—гарантия точности и ручательство за художественность работы,—сохранил свое значение для таких разве напоминающих картины и статуи предметов, как скрипки Страдивариуса или часы Людвига Брегета. Рёскин и Вильям Моррис могут сколько угодно вздыхать о забытых достижениях средневекового ремесла, когда каждый башмак или каждая пивная кружка носили на себе отпечаток изящного вкуса того мастера, который их изготовил. Промышленный капи-

---

[1] „Коммунистический Манифест“. гл. I; во 2-м изд. под редакц Д. Б. Рязанова, стр. 72.

тал, ничуть не стесняясь этим, заменяет личный вкус потребителя модой, значок мастера—товарным знаком, ручающимся, впрочем, далеко не всегда, за прочность товара и лишь в редких случаях претендующим на ручательство за художественность. Последнее не отвечает существу калькуляции, т.-е. торгово-промышленного расчета, имеющего дело по преимуществу с однообразными элементами цены.

Торговый капитал подготовил, но он же продолжил и расширил работу своего промышленного собрата. В союзе с ним он довершил упразднение цехов и помог раскрепощению крестьян от бесконечного множества опутывавших их натуральных и трудовых повинностей. В значительной степени собственными усилиями торговый капитал добился снятия сотен внутренних таможен и заграждений, взимавших разорительные октруа, попудные и прочие сборы при въезде и выезде из города, проездом через владения того или иного магната, при посещении ярмарки и т. д. Товар, благодаря этому уменьшению накладных расходов, приобрели более устойчивую и определенную цену, иными словами то денежное выражение, которое одно только и могло дать ему совершенно законченный смысл товара-предмета, имеющего меновое назначение. В этом свете все вещи получили новые очертания: вместо богатства красок какого-нибудь придворного турнира или нежных блеклых тонов света, изливавшегося сквозь расписные стекла собора,—мир получил ровную сероватую окраску заводского цеха или товарного склада в лондонском Сити, где все поражающие своим богатством и разнообразием продукты природы и промышленности от тропиков до Шеффильда затюкованы в одинаковые тюки и снабжены составленными по одинаковой форме фактурами. В том же „Коммунистическом Манифесте“ превосходным стилем первой половины прошлого столетия описан этот процесс. В нижеприводимых словах Маркса чувствуется не только мыслитель-революционер, но и историк-художник, способный облекать в выпуклые образы сухие выкладки теории и статистики:

„Всюду, где она достигла господства, буржуазия разрушила все феодальные, патриархальные, идиллические отношения. Безжалостно разорвала она пестрые феодальные нити, связывавшие человека с его наследственными повелителями, и не оставила между людьми никакой связи, кроме голого интереса, бессердечного чистогана. В холодной воде эгоистического расчета потопила она священный порыв набожной мечтательности, рыцарского воодушевле-

ния и мещанской сентиментальности. Она превратила в меновую стоимость личное достоинство человека и на место бесчисленного множества видов благоприобретенной и патентованной свободы поставила одну беззастенчивую свободу торговли". [1]

Движение человеческих страстей и интересов было заменено движением товаров, приобретших как бы самостоятельное бытие и поставивших себе на службу своих производителей и потребителей, то-есть, людей. В этом суть товарного фетишизма, открытого и с неподражаемой силой описанного Марксом в конце первой главы первого тома „Капитала". Связь товарного фетишизма с некоторыми чертами буржуазного правопорядка отлично выяснена в ценной работе Е. Пашуканиса, „Общая теория права и марксизм". Мне останется дать здесь лишь некоторые восполняющие штрихи. Автор „Капитала" нашел время и возможность хотя в самых общих чертах учесть преобразующее влияние товарооборота на социальную психологию товарно-менового общества. „Товаровладельцы, говорит Маркс во второй главе I тома „Капитала", уже делали дело, прежде чем начали рассуждать. Законы товарной природы проявляются в виде природного инстинкта товаровладельцев". Выражение „инстинкт" не может считаться случайным, ибо несколькими страницами ниже Маркс развивает ту же мысль в следующих словах: „Чисто атомистические отношения между людьми в их общественно-производственном процессе приводят прежде всего к тому, что их собственные производственные отношения, стоящие вне их контроля и их сознательной, индивидуальной деятельности, принимают вещный характер, вследствие чего все продукты их труда принимают форму товаров". [2] В этом изображении общество товаровладельцев напоминает действующее точно также по инстинкту, помимо соображений сознательной индивидуальной деятельности, общество муравьев. Товаровладельцы, однако, ограничивались прежде всего и по преимуществу делом, которое вопреки евангельскому изречению было раньше слова. Но и „слово", в данном случае идеологическое представление о товарно-меновом обществе, не заставило себя долго ждать.

---

[1] „Коммунистический Манифест", стр. 74.
[2] „Капитал", I, 1920, стр. 56, 63.

16. Государственные идеологии и война.

Гизо указывал, что идея порядка для феодального общества была только кажущейся, и что в действительности порядок разрушался постоянными насильственными актами отдельных групп и лиц. Отсюда выросла необходимость абсолютной монархии, постепенно подготовившей почву для перехода власти в руки буржуазии. И феодальный, и буржуазный строй опираются на насилие, но методы его применения совершенно различны, как различны методы войны и формирования вооруженной силы. Этот частный вопрос заслуживает гораздо больше внимания, чем ему обыкновенно уделяется не только в чисто социологических, но и общеисторических работах. Еще Гегель говорил, что в войне индивидуумы сознают подлинную важность государства и суетность всего прочего по отношению к нему, ибо только в войне государство разворачивает свою сущность, как целое, господствующее над частной самостоятельностью, имуществом и даже жизнью. [1] Маркс поставил эту теорию, как многое другое в учении Гегеля, с головы на ноги. Война с точки зрения марксизма выявляет с особенной силой хищническую природу государства и классовые противоречия, пожирающие его изнутри. Поэтому она является одним из важнейших условий распада классового строя и замены его основанным на сотрудничестве социально равных производителей обществом. Как бы то ни было, нельзя исчерпывающим образом объяснить происхождение и свойства государственно-правовых идеологий без общего хотя бы знакомства с основами ведения войны. Это превосходно понимал еще Никколо Маккиавелли, соединявший ясность теоретического мышления с наблюдательностью практического политика. Кабинетные мыслители даже такого калибра, как Локк или Монтескье, в большинстве случаев совершенно не интересовались тем, что для Маккиавелли представлялось предметом первостепенной важности. Обострение классовой борьбы во второй половине XIX века привлекает внимание политических писателей разных лагерей к вопросам военного строительства и искусства. Рядом с Трейчке находит место Энгельс, изучавший эти вопросы с исключительной обстоятельностью и прилежанием. Один из дальновиднейших и образованнейших марксистов Франц Меринг посвятил им превосходную во всех отношениях работу. Нечего и гово-

---

[1]) Гегель, Философия духа, § 546.

рить о том, какое внимание отдала изучению войны та революционно-практическая фаза в развитии марксизма, которая известна под названием ленинизма. И если от войны пошло название целого периода в развитии диктатуры пролетариата („военный коммунизм“), то стоит, разумеется, задержаться короткое время и на некоторых особенностях военного строя феодальной и буржуазной эпох.

17. Войско феодальной и буржуазной эпох.

Историки сделали общим местом утверждение, что изобретение огнестрельного оружия покончило с господством тяжелой кавалерии в поле и передвинуло центр тяжести в ряды пеших стрелковых полков. Эта теория требует серьезных оговорок. Как показывает Меринг, еще до битвы при Павии (1525), ознаменовавшей первый крупный успех огнестрельного оружия, феодально-рыцарский способ ведения войны уже обанкротился перед лицом новой народной пехоты, а именно швейцарцев (если не считать замечательного, но кратковременного дебюта гусситских таборитов). Развитие феодального ленного государства, пишет этот историк, полно войн и военной шумихи, но его военные возможности чрезвычайно малы, войска не велики по численности и не дисциплинированы. Бой либо рассыпается на отдельные стычки, либо превращается при известных условиях в побоище. Меринг отрицает всякие элементы тактики и стратегии в военном искусстве средних веков. Он основывается при этом на капитальном труде Дельбрюка. Стоит, однако, не говоря уже о Дельбрюке, перелистать „Флорентинскую историю“ Маккиавелли, чтобы вместе с этим писателем поразиться чрезвычайной бестолковостью многочисленных в современной ему Италии войн. Вы найдете десятки эпизодов, когда длившаяся полдня битва заканчивалась почти без потерь для воюющих сторон. Нельзя же при наличии армии в 7—10 тысяч человек считать потерями наличие 5—6 легко раненых и такого же количества попавших в плен. Даже такие опытные кондотьеры, как Франческо Сфорца или Пиччинино лишь в редких случаях могли придать битве достойный их военной репутации размах. [1] Дело радикально меняется с того времени, как „добрый король буржуа“ Людовик XI начинает последовательно проводить свою антифеодальную политику. У Меринга чрезвычайно

---

[1] См. во французском переводе по изд. 1743 г. „Histoire de Florence“, Oeuvres t. V, p. 119.

выпукло выступает связь между общей и военной политикой этого короля. Людовик XI подчинил своей власти крупные вассальные государства внутри Франции, распространил свое господство до Пиренеев, Альп и Юры, покровительствовал земледелию, горному делу, торговле и промышленности и, конечно, повысил податные сборы. „Для проведения своих централистских тенденций он нуждался в боеспособном войске, и, с верным инстинктом поднимающейся исторической силы, он нашел в швейцарском четырехугольнике с его строгой дисциплиной, его тактической сплоченностью, в его несокрушимых массовых ударах то, что было нужно ему в борьбе против рыцарских войск. Он купил швейцарцев на чистые деньги, показав этим, что денежное хозяйство является настолько же предпосылкой современного военного дела, как натуральное хозяйство являлось предпосылкой средневекового военного дела“. Глубокие социальные причины изменения военной тактики не ускользают и от специалистов военного дела. Любопытно в этом случае проводимое Клаузевицем разделение между кабинетными и народными войнами. Происхождение последних Клаузевиц относит к 1789 году. При этом он указывает, что привлечение всего народа к участию в войне коренилось не столько в новых французских военных методах, сколько во внутренних изменениях французского государства. Существо „внутренних изменений“ уже меньше интересовало Клаузевица. Действительно, здесь вопрос слишком отдалялся от области чисто военного искусства. [1]

18. Гражданское общество и военное искусство.

Энгельс подходит к вопросу с другой стороны и показывает, насколько плодотворен может быть социологический метод в разъяснении некоторых весьма важных сторон военного дела. Клаузевиц обращал внимание на вовлечение в войну народных масс. Энгельс спрашивает: кто внес дисциплину в созданную французской революцией народную армию? Ответ, который он дает, может вызвать усмешку у военных специалистов, и, тем не менее, Энгельс тысячу раз прав. Заслугу установления дисциплины он приписывает не генералам, „которые получают влияние и значение у импровизированных армий только после нескольких побед“. Истинным творцом дис-

---

[1] Меринг, „Очерки по истории войны и военного искусства“, 1924, стр. 78, 353 и др.

циплины явился „террор внутренней политики“, „гражданская власть“.[1] Можно было бы показать правильность точки зрения Энгельса на опыте гражданской войны XVII века в Англии и армии Оливера Кромвеля. Но это отвлекло бы нас слишком далеко. Да и нет, пожалуй, нужды в столь отдаленных исторических экскурсиях, когда каждый читатель этой книги может воскресить в памяти живой опыт гражданской войны за Советскую власть в России. Замечание Энгельса имеет еще одну интересную особенность. Он ни слова не говорит о революционном энтузиазме, сознательности и проч. хороших вещах, как основе дисциплины французских армий в 1793 г. Речь идет на чистоту о терроре, о крутых и жестоких мерах принуждения. Было бы смешно, разумеется, вовсе отрицать роль энтузиазма и сознательности. Но сознательность— свойство мало распространенное в массах, а энтузиазм отличается быстротечностью. Создаваемая же правильной организацией армии и твердыми мерами принуждения дисциплина действует на всех и притом долговременно. Рациональный расчет, заменивший у буржуазии средневековую романтику рыцарства, сказался таким образом и в способах военного строительства. Религиозные, национальные и тому подобные чувства вместе с воспитанием духа личной доблести отошли на задний план. Дисциплина вернее и практичнее. Это обстоятельство учитывает и Энгельс в одном из своих замечательных писем в „Pall Mall Gazette“ о франко-прусской войне 1870 г. Он спрашивает: какова была бы судьба немцев, если бы французы были охвачены таким же национальным фанатизмом, как испанцы в 1808 г.? Ясно, что при обращении каждого города и деревни в крепость и каждого гражданина в бойца всей немецкой армии не хватило бы для покорения такого народа. „Но такой национальный фанатизм, замечает Энгельс, не обычен для цивилизованных народов. Его можно встретить среди мексиканцев или турок; источники его иссякли в жадной к деньгам Западной Европе“.[2] Единство линии от Людовика XI до Наполеона III бросается таким образом в глаза. Денежное хозяйство лежит в основе военного искусства у того и у другого. О национальном фанатизме швейцарских наемников, продававших свои услуги любой стране, вряд ли кто станет говорить. О любви к отечеству и народной

---

[1] Письмо к Марксу от 26 сентября 1851.
[2] Энгельс, „Статьи о войне“, 1924, стр. 119.

гордости у современных наций говорить, конечно, можно, но при этом разумно не выходить за известные пределы и, во всяком случае, строить свои расчеты на более осязательных данных. Именно так и поступает современная буржуазия. Она стремится изъять из своего военного искусства все иррациональные, не поддающиеся математическому учету элементы. Среди них „дух армии“, подрываемый злонамеренной пропагандой и классовыми распрями, стоит на первом месте. Между тем, траектория полета 16″ снаряда может быть вычислена в точности, как и грузоподъемность самолета, и поле распространения ядовитого газа, и степень изнашиваемости гусеничного трактора танка. Война должна быть сведена к искусству оперировать формулами механики, баллистики, химии. Нужно изучить для этих же целей метеорологию, ибо от направления и скорости движения воздушных волн часто зависит успешность газовой атаки. Можно надеяться, что установление метеорологических законов для новых целей будет протекать с бо́льшим успехом, чем когда это делалось для выяснения видов на урожай и прочих сельско-хозяйственных надобностей.

19. Упрощение права. В праве повторился тот же процесс, что мы наблюдали в хозяйстве и военном деле. Массовый, однообразный характер товарного производства и оборота сказался здесь теми же чертами. Умирают права, основанные на привилегиях, прерогативах, родовых традициях и прочих выражениях неравенства. На место сложных и запутанных, как латинские неправильные глаголы, старинных правоотношений, становятся новые, вытекающие из единообразного понимания и применения формулы закона, выработанной в расчете на неопределенное, почти бесконечное число случаев, как производительность капиталистического предприятия в идеале определяется лишь степенью емкости рынка. Борьба с пестротою местного законодательства и правопорядка занимает одно из первых мест. От простой записи обычаев государственная власть в начале робко и неуверенно, а потом все смелее переходит к прямому правотворчеству. В какой мере обусловливается этот процесс потребностями капитала, прежде всего торгового, общеизвестно. В XVI веке французский юрист видит едва ли не главную свою задачу в собирании и записывании местных обычаев, так называемых кутюмов. Но с XVI по XVIII век развал средневековых хозяйственных форм протекает с чрезвычайной быстро-

той. Начинается систематическая колонизация разных стран Нового Света. Ост-Индская компания закладывает основы британского владычества в Индостане, Африка становится грандиозной разработкой живого товара — рабов, Ливерпуль, порты Франции, Испании и Голландии обогащаются благодаря быстро растущей работорговле. Из вновь открытых рудников Мексики и Боливии золото и серебро непрерывным потоком льются в Европу. Еще в XIV и XV веках торговый капитал сделался силой, с которой должны были считаться короли, но свобода торговли даже в наиболее крупных коммерческих центрах фактически отсутствовала в виду того, что правопорядок этих пунктов повторял характерные черты феодального порядка вообще, то-есть, основывался на привилегиях и разного рода охранительных правилах.[1] Для производства постоянной торговли в каком-либо городе, кроме уплаты налогов, подчас весьма обременительных, нужно было еще иметь определенное звание. Все эти затруднения в совокупности были настолько велики, что лишь такие мощные организации, как Ганзейский Союз, имели возможность содержать свои фактории в разных странах. Его отделения едва ли не монополизировали в своих руках некоторые отрасли торговли в Лондоне, Брюгге, Бергене, Венеции, Новгороде и других городах. Расширение рынка в связи с колонизацией новых земель и прилив благородных металлов открыли новые пути для личной предприимчивости, оборотливости и организаторских дарований, которым раньше не давали ходу повсеместно наставленные юридические рогатки. Короли, поддержанные золотом предпринимателей, становятся все решительнее в установлении закона свыше, диктовавшегося якобы их доброй волей, а в действительности отвечавшего интересам и воле капиталистов, которым он накатывал пути к дальнейшему обогащению. И если в начале городские общины ведут с королевской властью борьбу за право постоянного участия в управлении и законодательстве (Генеральные Штаты), то в дальнейшем обе стороны отлично прилаживаются друг к другу. Финансовый капитал опутывает своими сетями придворную знать и вместе с нею короля. Видимость абсолютизма сохранилась, он мог временами даже дерзать на разорительные для капиталистов затеи (как, например, отмена Нантского эдикта), но в общем и

---

[1] Кеннингем, „Западная цивилизация с экономической точки зрения", т. II, стр. 169.

целом абсолютистское правление шло по путям, начертанным ему интересами промышленности, торговли и финансов. Там, где вотчинная идеология феодализма, подкрепленная католическим духом авторитарности, берет на себя смелость в лице королевской власти оказать сопротивление растущей мощи капитала, и где искусство политиков и законоведов оказывается недостаточным для того, чтобы найти приемлемый для обеих сторон мирный modus vivendi, вопрос окончательно разрешается силою оружия. Свободный торговец одерживает верх над самовластным держателем вотчины, и одновременно их отражения на идеологическом экране воспроизводят ту же схватку. Свободный индепендент и пуританин поборают неистового паписта. Только через 40 лет по завершении решительного фазиса борьбы английские юристы находят изящную формулу в объявлении „вакантным“ престола бежавшего Иакова Стюарта. „Достославная революция“ возвела на этот престол Вильгельма Оранского, а ст. 4 билля о правах окончательно закрепила участие буржуазии через ее парламентских представителей в установлении и сборе налогов для нужд государства.

20. Капитализм и государственное законодательство.

С первой трети XVIII века на помощь этим тенденциям приходит промышленная революция. Она началась изобретениями Кэя, Уатта и Харгривса в ткацком деле, затем перекинулась в горную промышленность и транспорт. С изумительной, далеко не всегда в истории встречающейся точностью идет нога в ногу с этим ростом буржуазии рост правового могущества центральной власти. С внешней стороны он нашел себе вполне отчетливое выражение в новой государственной функции—законодательстве. Медленный ход хозяйственного развития в средние века мог уживаться с тем несовершенным регулированием, которое обеспечивали ему косные обычаи и привилегии. Почтение к освященным древностью законам было столь велико, что даже на первых порах развития капитализма, когда власть вынуждена была приступить к весьма энергическому творению права, с этим мирно уживалась иллюзия о непоколебимости старых законов. Самое слово „закон“ не сразу стало прилагаться к актам королевской власти. Первоначально им пользовались почти исключительно для обозначения закона божественного, закона естественного, принятого во всем мире римского права и, наконец, того основанного на обычном праве уклада политической организации страны, который называли законами королев

ства. Законодательные акты французских королей именовались ордонансами, то-есть, указами. Русские князья издавали уставы, а московские государи—указы. В России слово „закон" для обозначения правотворческих актов государственной власти стало употребляться со времени Петра Великого. Только в XVIII столетии окончательно присваивается государственной властью правотворческая функция. Последующий ход событий ведет все к большему и к большему ее расширению, пока буржуазное государство не ставит на ближайшую очередь задачу полной монополизации правотворчества в руках государства и получивших от него на то полномочия общественных организаций. Обычай из верховной нормы права сделался восполнительной.

21. Идея равенства. Все это не могло, разумеется, протекать совершенно безболезненно. Переживания феодального строя порой находили в себе силу для весьма внушительного протеста. Мы видели в лице де-Местра, Бональда и Константина Леонтьева протестантов, руководствовавшихся в большой мере побуждениями эстетического порядка. Историческая школа юристов с ее культом обычая пыталась в сочинениях некоторых своих представителей подвести под феодальную реакцию некоторую видимость научного фундамента. Но разлагающие влияния нового времени сказывались на ней уже с достаточной силой. Е. Пашуканис преувеличивает поэтому, когда целиком сводит историческую школу на феодальную и мелкобуржуазную реакцию. Установившийся в науке взгляд на писателей этой школы, как на безусловных поборников партикуляризма и национального духа, требует значительных поправок. Савиньи видел общую цель развития права в „признании всюду равного нравственного достоинства и свободу человека и юридической охраны этой свободы при помощи соответствующих институтов". Из взаимодействия этих начал с более узкими началами народного права рождается прогресс правового развития, дающий высшее единство тех и других. Другой, ныне забытый юрист той же школы, Юстус Мезер, дает еще более любопытный образчик действия могущественного духа времени на самых упорных и, так сказать, заскорузлых поклонников старины. Этот ученый не без основания считался приверженцем крепостничества. В своих исторических работах он с особенным удовольствием останавливался на изучении небольших княжеств и графств, обломков феодального периода (такова история крохотного Оснабрюкского владения—1768). Тем более характерно, что

Мезер, писавший за 50—60 лет до Савиньи, развивал взгляд на государство как на акционерную компанию. Каждый гражданин—обладатель известной акции, в виде принадлежащей ему собственности. Различие акций порождает различие прав, отсутствие их—бесправие. П. И. Новгородцев, давший лучшую в русской литературе работу об исторической школе юристов, по поводу Мезера противополагает „современную идею равенства всех перед законом" средневековым воззрениям, „ставившим права человека в зависимость от его положения, как собственника". [1] Можно, конечно, найти средневековых писателей, для которых вопрос стоял именно так. Но сваливать всецело на средневековье идею, столь типичную для буржуазного правопорядка (цензовое избирательное право, множественный вотум и т. п.) еще долго после смерти Мезера,—значит иметь весьма смутное представление о роли собственности при господстве буржуазии. Дело обстоит как раз наоборот. По средневековым воззрениям, круг права собственности нередко очерчивался в зависимости от статуса данного лица. Об этом свидетельствует в первую очередь система землевладения с ее спутанной сетью феодов, аллодов, бенефиций, рекомендаций и т. п. Можно сказать, что и самое-то право собственности в его чистом виде, т.-е., как абсолютное право пользования, владения и распоряжения, стало мыслимо лишь в буржуазном обществе, то есть, в таком, где земля является одним из товаров и притом не самым важным. Английское земельное право, до сих пор, как известно, хранящее весьма значительные пласты феодализма, охотно пользуется чуждым континентальному юристу понятием держания (tenure) и устанавливает особые виды исков для истребования недвижимого имущества.

22. Собственность. Случай с П. И. Новгородцевым в некоторых отношениях весьма поучителен, как пример юридического фетишизма. Равенство перед законом, зачаровывающее этого ученого, как многих других, не только заставляет его переворачивать историю с ног на голову, но и поражает особого рода умственной слепотой. Иначе нельзя назвать неспособность видеть глубочайшую связь собственности со всеми основами буржуазного правопорядка. „Определить буржуазную собственность, писал Маркс,—значит сделать не что иное, как описание

---

[1] П. И. Новгородцев, „Историческая школа юристов", М, 1896, стр. 54 и сл.

всех отношений буржуазного производства“. [1] Мы имеем, впрочем, высоко авторитетное свидетельство с другой стороны. В своей известной монографии о собственности (1848) Тьер признал ее основанием, на котором покоится общество. Из этой монографии мы узнаем, что наши руки, ноги и прочие члены тела принадлежат нам на праве собственности. Отсюда Тьер и начинает свое исследование, думая, что опирается на твердые незыблемые устои. „Я чувствую“, пишет он, „что принадлежу самому себе“. [2] Против такой уверенности, поистине, вряд ли что можно возразить. Изолированный буржуа, утешающийся созерцанием своих членов, как принадлежащих ему на неоспариваемых никакими социалистами правах собственности,—сюжет, достойный кисти художника. Мудрый законодатель должен был бы распорядиться о помещении такой картины во всех биржах, нотариальных конторах и судебных залах. Но Тьер на этом не останавливается. Способности человека проявляются в деятельности его органов. Следовательно, способности точно так же состоят на праве собственности у своих носителей. Но если такова юридическая природа способностей, то ничего другого нельзя сказать и об их употреблении, то-есть, о труде. Дальнейший путь этих мыслей достаточно хорошо известен. Сочинение Тьера забыто, имя его служит синонимом ограниченности или просто поводом для иронической усмешки историка, но его идеи, отпочковавшиеся от своего творца, цветут и наслаждаются всеми радостями жизни. Труд рабочего, постановил в 1886 г. Верховный Суд Пенсильвании, есть его прямая собственность и признан за таковую конституцией Соединенных Штатов. Нельзя, следовательно, ограничивать использование этого труда какими бы то ни было, направленными к его охране, мерами, ибо таковые посягали бы на конституционные вольности граждан. Заботы штата Пенсильвании были плохо оценены американским Конгрессом, который принял в 1914 г. так называемый акт Клэйтона, указывавший между прочим, что человеческий труд не есть товар или объект коммерции. Штат Массачусетс усилил этот акт предусмотрительным разъяснением, что право быть нанимателем или рабочим не может быть рассматриваемо как право собственности. Но верховный Суд штата Массачусетс стал на точку зрения Тьера и объявил приведенное разъяснение неконституционным на том основании, что оно нару-

---

[1] Письмо к редактору „Социал-Демократа“ (1865).
[2] Т ь е р, „О собственности“, СПБ. 1872, стр. 24.

шает незыблемое право собственности рабочего на его физическую силу, лишая его тем самым связанных с собственностью солидных юридических гарантий. [1]

Человек принадлежит самому себе. Таково представление о собственности, как о естественном праве, взятом вне социальных отношений. Перенесем это представление в социальную среду и скажем: законно и допустимо право проститутки торговать своим телом, как право ее клиента входить с ней в сделку о найме на срок или навсегда; законно и допустимо право должника ручаться своей головой за выполнение обязательства и итти в рабство к верителю, если долг не уплачен. Чувствительные юристы возмущаются появившимися, в связи с новыми успехами медицины, сделками о переливании крови из жил молодого крепкого бедняка в жилы истощенного пороками и излишествами полуразрушенного буржуа. Но когда не врач, а социальный порядок из года в год осуществляет это переливание из жил одного класса в жилы другого через присвоение добавочного труда, то-есть, опять же теплой крови, нервной энергии, мышечной упругости, чувствительность уступает место законности. Можно смело порекомендовать молодому поколению юристов Европы изучение Тьера. Они поймут тогда, что последовательность превыше всего, как это поняли отчасти американские суды. Круг исторического развития, вернувшись к началу, замкнется, и торговля людьми будет построена на незыблемой основе торжественно провозглашенных в конституциях всего мира вольностей и прав.

23. Упрощение общественной науки.

Упрощая общество, буржуазия стремится упростить и мышление об обществе. Период ее господства характеризуется двумя основными чертами: машинным производством в промышленности и свободной конкуренцией в торговле. Эти черты дают главный материал при построении буржуазной идеологии. Техника машин рождает потребность в машинизации мышления. Но все успехи техники основаны на расчленении материи на первичные элементы и умении найти простейшие законы, руководящие движением этих элементов. С другой стороны, коммерческое воображение, как отмечает в неоднократно цитированной уже мною работе Рибо, вытекает из конкуренции, борьбы, и пользуется при этом схематическими

[1] E. Lambert, „Gouvernement des juges au États Unis“ Paris, 1921 p. 168.

образами. Схематическими Рибо называет такие представления, которые движутся между конкретным образом и чистым понятием, но как правило больше приближаются к понятию, чем к действительности. Ценность этого замечания станет нам ясна в дальнейшем. Пока же стоит отметить, что первые достаточно завершенные проявления общественной идеологии буржуазии мы встречаем в так называемой социальной физике XVII века. Опасаясь чрезмерной загрузки настоящей работы историческим материалом, я воздержусь от приведения даже наиболее разительных примеров из числа собранных в известной монографии Е. В. Спекторского. Основной темой этой работы является попытка обществоведов XVII века преобразовать свою науку в физику человеческого общежития, поставить ее на уровне нового естествоведения [1] Е. В. Спекторский констатирует их неудачу и всю свою работу посвящает доказательству того, как несправедливо были забыты эти мыслители. Книги, конечно, имеют свои судьбы. Историк политических учений, излагающий философию права Гоббса, редко задумывается над вопросом, почему в XIX и XX веках нужно изучать этого теоретика абсолютизма XVII века. Еще реже он задумывается над вопросом, почему забыт современник Гоббса немецкий рационалист Эдуард Вейгель. Сам Е. В. Спекторский, пытающийся воскресить Вейгеля для науки, ограничивается сетованиями по этому поводу. А между тем при изучении забытых мыслителей едва ли не самым интересным является вопрос, почему они забыты. История поучает нас, что всегда почти обречены этой участи слишком ранние предтечи. Пантометрия и схематизм Эд. Вейгеля не находили еще достаточного отклика в хозяйственно-политических потребностях его времени. Разделение общества на людские атомы еще идеологически не назрело. Сейчас, когда мы читаем у него, „что гражданская жизнь это моральное пространство, в котором размещаются моральные субстанции“, это звучит для нашего уха архаически только по форме. Заменим мысль Вейгеля следующим положением: „правовое общение есть совокупность взаимодействий морально и юридически равноценных субъектов“, и тогда в новой оболочке она покажется нам живой и благополучно здравствующей современницей. Если бы Вейгель жил в наше время, он избрал бы, вероятно, вторую или

---

[1] Е. В. Спекторский, „Социальная физика XVII столетия“, т. I. Варшава. 1910, стр. 349.

близкую к ней формулировку для своей мысли. И, надо думать, он испытал бы высокое удовлетворение, видя, какой теплый прием встречают моральное пространство и моральные субстанции в современной юридической идеологии только потому, что сменили кринолин и фижмы на более модный костюм.

24. Роль экономии мышления. Вейгель надеялся, разумеется, на громадную экономию умственных сил, благодаря использованию открытых им математических способов социального познания. Его современники не оценили этого стремления. Но капиталистический строй, экономно использовывающий в своем хозяйстве всякую мелочь, не может не задумываться и над вопросом об экономии мышления. Стремление к дешевизне и расширению рынка рождает массовое производство однообразных товаров. Стремление к упрочению власти над пробуждающимися массами выбрасывает на рынок доступные всем и каждому, пленяющие своей простотой, изяществом и дешевизной продукты идеологического производства. При этом в идеологическом хозяйстве использовывается с большим вкусом и уменьем всякого рода историческое старье. Пауль Шенде, венгерский марксист, поражающий редким уменьем самостоятельно применять метод Маркса и Энгельса без обычной у нас грубой вульгаризации и опошления, справедливо отмечает два момента в настоящем вопросе. Первое это то, что самый принцип экономии мышления возник из потребностей капиталистического строя. Второе — господство идеологий облегчается именно тем, что весьма часто они идут навстречу естественной склонности к экономике мышления.[1] Для нашего времени принцип договорного образования государств является, конечно, историческим старьем. Однако, будучи преобразован или переплавлен в соответствии с новейшими требованиями идеологической техники, принцип этот продолжает служить в самых различных отраслях частного и публичного права. Наиболее существенная часть его — сознательно и добровольно договаривающиеся субъекты — уцелела до наших дней. Это видит и Макс Вебер, когда отмечает по своему обыкновению в несколько путанной и тяжеловатой форме: „Добровольный разумный договор в виде

---

[1] P. Szende, „Eine soziologische Theorie der Abstraktion", Arch. f. Sozialwiss., 1923, B. 50 H. 21. S. 421; ср. его же „Verhüllung und Enthüllung", Arch. f. die Gesch. des Sozialismus, 1922, H. 2/3. S. 204.

либо исторической основы всех общественных форм, либо как регулятивное оценочное мерило—один из универсальнейших принципов естественно-правовой конструкции". [1]

25. Идея свободы. Теория общественного договора понадобилась буржуазии как одно из ее орудий в борьбе со связывавшей хозяйственную инициативу королевской властью. Но бороться предстояло на несколько фронтов, ибо развитие производительных сил задерживалось господством крупных землевладельцев и прочими остатками феодального строя. Идея ранга была неприемлема при новых условиях. Ее должна была заменить идеология равенства и прежде всего свободы, отвечавшая требованиям новой фазы хозяйственного развития. Первые поняли это экономисты и выдвинули мысль о свободно хозяйствующей личности, как единственно способной двинуть вперед общественную экономику. Человек гораздо вернее достигает своей цели, писал Адам Смит во 2-й главе I книги „Богатство народов", если обращается к личному интересу своих ближних. Ему надо лишь суметь убедить их, что, поступая согласно с его намерениями, они находят в том выгоду для себя. Между тем, свободная игра личных интересов стесняется разными формами вмешательства извне. Во II главе той же книги Смит исчисляет бедствия, приносимые этим вмешательством, и настаивает на раскрепощении личного почина. Вне всякого сомнения, что идеи Смита были для его времени прогрессивны и революционны, даже более, чем обыкновенно думают. Разумеется, он был выразителем интересов подымавшегося к власти класса. Следует, однако, помнить, что революционный класс действует во имя не только своих интересов, но и нужд всего общества в целом. Именно это придает такой пафос его идеологам и такой романтический ореол его борьбе. Вожди и идеологи революций на короткое время возвышаются над интересами своего класса. Их преемники, обыкновенно, увязают с головой в обыденщине и самодовольстве класса победителя, не желающего расстаться с завоеванным на жизненном пиру местом. Только тот класс, который борется за уничтожение классового деления общества, может рассчитывать избежать этой участи. Робеспьер не знал, что его историческими потомками будут Адольф Тьер и генерал Шангарнье. Адам Смит, вероятно, не предвидел ни Рошера, ни Сэя, ни Бастиа. Новейший английский социолог Роберт

---

[1] Max Weber, „Wirtschaft und Gesellschaft", Tüb. 1922. S. 497.

Тауней подчеркивает, что Смит строил свою теорию тогда, когда главное бедствие было не в деятельности капиталистов, а в тормозивших прогресс привилегиях и ограничениях. [1] Однако, у Смита есть немало характерных мест, направленных именно против капиталистов, в частности против торговцев. Так, в заключении упоминавшейся уже мною II главы I части „Богатство народов" великий шотландец иронизирует над теми, кого капиталисты успели, благодаря своей выработавшейся при спекуляциях изворотливости, убедить, что общественное благо заключается именно в благосостоянии капиталистов. Идеология есть не грубое, а весьма утонченное отражение классовых интересов. Требование „внутренней согласованности", о котором говорил Энгельс по поводу права, играет первостепенную роль и в других идеологиях. Так, вместо хозяйствующей личности буржуа рождается хозяйствующая личность вообще.

26. Эгоистическая личность. Принцип эгоистической личности, имевший в свое время, как мы видели, яркое революционное значение, постепенно получает совершенно иной смысл. Восторжествовавший капитализм, пишет Тауней, использовал этот принцип, как орудие закрепощения рабочих. Каким путем было это достигнуто? Мысль идет здесь по той самой линии, какую начертил Маркс при характеристике произведенных капитализмом перемен в общественном строе: по линии упрощения. Индивид был поставлен в центре своего собственного мира. Жизнь общества была сведена при этом к игре экономических сил, автоматически исправляющих изъяны и заполняющих пробелы, которые по временам возникают в этом царстве, где, по словам Маркса, владычествуют свобода, равенство, собственность и Бентам.

С этой новой точки зрения собственность не есть, разумеется, социальное отношение. Мало того, она не есть даже продукт труда, на чем настаивал Тьер в известной уже нам книге. Индивид возвращается в первобытное состояние, совлекает с себя мишуру цивилизации и обретает в собственности блаженство биологического порядка. Можно подумать, что речь идет об одной из робинзонад, излюбленных старыми экономистами. В действительности, биологический индивид заставляет говорить о себе еще во время мировой войны. Немецкий ученый Унру разъясняет, что собственность есть яркое проявление биологического инстинкта при-

---

[1] Tawney, „The acquisitive Society", Lnd. 1923, p. 20.

своения. Но этим он еще не довольствуется. Принцип индивидуализма проливает яркий свет на те области, в которых сближаются социология и биология. Из работы Унру мы узнаем, что критика органической доктрины Гумпловича построена на недоразумении. Современная биология отнюдь не рассматривает организм, как систему несвободных, механически связанных и неравных частей. Наоборот, она склонна учитывать равенство частей в общей связи и их самостоятельность в отдельных проявлениях.[1]

История несправедлива к Христиану Вольфу, ибо только теперь его давно отцветшие идеи начинают давать плоды. Ведь именно Вольф и его школа рассматривали человека как своего рода астрономическую систему аффектов или иных психических элементов, связанных с взаимным притяжением или отталкиванием. Общество же, связанное в государство, мыслится как новая система, элементами которой являются уже человеческие индивиды.[2] Подкрепленная новейшими гипотезами биологии, школа Вольфа может с открытым забралом принять участие в турнире идеологий. Отвлеченным умствованиям современных сторонников равенства и социальной солидарности эта школа может противопоставить трезвое и мудрое изречение своего основателя: „Любя других, не следует забывать и себя". Это изречение, подхваченное Вольфом, надо думать, у честного башмачника из Оффенбаха или в лучшем случае солидного негоцианта из Бремена, хорошо уже тем, что оно в тысячу раз понятней и вразумительней однозначащей с ним тирады нашего современника экономиста Рудольфа Штольцмана: „Общество, государство, народное хозяйство! организуйтесь так, чтобы свободно волящие индивиды восприняли заветы автономного общества, как элемент собственной автономной воли" [3]). Штольцман еще только призывает к организации такого общества. Для других оно уже организовано. Американский юрист Северенс видит выражение соответствующих принципов в конституции Соединенных Штатов и проповедует осторожное отношение к тем мероприятиям, которые нарушают ее индивидуалистический характер.[4]

---

[1] V. Unruh, „Zur Biologie der Sozialwirtschaft", Lpz. 1914. S. 33, 55.
[2] Спекторский, указ. соч., т. II, Киев, 1917, стр. 422.
[3] Rud. Stolzmann, „Grundzüge einer Philos. der Volkswirtschaft", Jena, 1920, S. 29.
[4] A. Severance, „The Constitution and Individualism". Amer. Bar. Assoc. Journ. 1922, Sept.

27. Абстракции и фикции. В своей замечательной работе о социологической теории абстракции Пауль Шенде показывает на многочисленных примерах классовую природу целого ряда отвлеченнейших абстракций. Право имеет дело с живыми людьми, с конкретными в полном смысле слова социальными отношениями. И, однако, правовая идеология испытывает все время неудержимое влечение к абстракции, высоко взлетающей над теми отношениями, которые право призвано регулировать. Отрываясь от действительности, юридическая мысль создает свой особенный мир, рождает царство теней, еще меньше напоминающих подлинные предметы, чем тени в Платоновой пещере. Об этом писал уже гегельянец 50-х гг. Людвиг Кнапп. Выдающиеся достоинства сочинений этого философа первым в европейской литературе XX в. отметил, если не ошибаюсь, М. А. Рейснер. Сейчас наследие Кнаппа уже извлечено из тьмы забвения, и, например, Корнфельд в своей весьма специальной работе о правовом чувстве отводит ему весьма почетное место. О юридическом мышлении Кнапп писал, что, стремясь к объединению и упрощению, оно изъемлет чувственные впечатления из их действительной связи во времени и пространстве. Вся мыслительная механика построена при этом на раздроблении и сцеплении представлений, рождающих всевозможные фантазмы.[1] Здесь обнаруживается стык между абстракциями и фикциями, то-есть, заведомо в технических или иных целях совершаемыми искажениями действительности. Фикции играют в праве немаловажную роль. Неоднократно они давали повод к весьма язвительным нападкам на юридическую науку в целом. Основательность этих нападок признавали и сами юристы. В 1769 г. вышла книга Антония Альтессеры: „Семь трактатов о юридических фикциях“. Один из цитируемых Альтессерой писателей Донат с прискорбием указывает: „фикции вводятся в ущерб истине (contra veritatem), и вся сила фикции определяется содержащейся в ней мерой преобладания лжи над истиной“. Покойный Г. Ф. Дормидонтов, из малоизвестной работы которого я заимствую эту цитату, несколько патетически заявлял: „Вопрос о фикциях для юриста есть вопрос чести, вопрос, затрагивающий самое значение и достоинство той отрасли знания, которой он посвящает свои силы“. Разумеется, Дормидонтов приходит

---

[1] S. Kornfeld, „Das Rechtsgefühl“, Zeitschrift. f. Rechtsphilos. 1919, II B. SS. 86—7.

к утешительному для чести юридической науки выводу. Фикции и обман, заключает он после продолжительного исследования, понятия несовместимые. О фикции можно говорить лишь тогда, когда вымысел допускается всеми, и когда никто на этот счет не обманывается.[1] Возникает естественный вопрос: для чего же тогда пользоваться фикциями и не проще ли говорить напрямик, как обстоит дело. Дормидонтова этот вопрос мало тревожит. С нашей точки зрения он решается вполне определенно. Наука не нуждается в фикциях, поскольку целью ее стремлений служит истина, как таковая. В классовом обществе право и наука права самой природой вещей вынуждаются в той или иной мере маскировать действительность, подменять ее более или менее утонченной символикой. Иными словами, право идеологично с самого начала. Оно не может обойтись без фикций, ибо само является, если угодно, огромной систематизированной фикцией. Дормидонтов не видит этого. Поэтому, утверждая, что фикция и обман понятия несовместимые, он сам делается жертвой... фикции. Известное предположение римского права „Pater est quem nuptiae demonstrant", широко воспринятое всеми почти законодательствами, — наглядный пример. Судья, применяющий по приказу закона это предположение, вынужден сплошь да рядом обманывать самого себя, закрывая глаза на действительность. Но обманут не только судья. Эту участь разделяет с ним все общество, которому юристы преподносят сладкоречивые заверения о святости брачных отношений и самой природой установленных правах законных детей на наследство.

Слабо дифференцированное общество избегает отвлеченных формул и фикций. Оно стремится отразить в правовых положениях жизнь во всем ее разнообразии. Обычай на этой ступени тесно сливается с бытом.[2] Закон по необходимости казуистичен, ибо люди не научились еще искусству обесцвечивать действительность согласно с требованиями истинно-юридической техники. Недавно открытый Хеттский кодекс царя Хаттушила дает любопытные тому доказательства. Так, статья 91 этого кодекса гласит: „Если собака съест свиное сало, и собственник сала берет ее и убивает, чтобы вынуть сало из ее внутренностей, то он не дает

---

[1] Г. Ф. Дормидонтов, „Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций", Казань. 1895, стр. 137.

[2] См. мою работу „Право и быт", Гиз. 1925 г.

никакого вознаграждения“.[1] Курьезность содержания этой статьи ничем не выше курьезности казуса, над которым, по свидетельству Эрлиха, ломали голову выдающиеся юристы разных специальностей. Речь шла о том, кто пользуется правом собственности на извлеченную из тела раненого на войне пулю. Предлагались всевозможные решения, основанные на нормах гражданского, уголовного и международного права. Использовывались понятия приращения, завладения, находки и т. п. Право собственности приписывалось самому раненому, стрелку, наконец, врачу, извлекшему пулю. Спор остался нерешенным, и Эрлих пришел к выводу, что на лицо—пробел в праве.

Буржуазное сознание не может помириться с наличием такого пробела. Воспитанное на рациональных правилах математики, техники и бухгалтерии, оно считает возможным создать такие нормы права, которые сообщили бы гармоническое единство раздираемому классовыми противоречиями обществу. Социальная физика XVII века пыталась построить общество как физическую модель. Эта попытка кончилась неудачей, и вместе с ней та же участь постигла опыты алгебраической теории права. XIX век возвращается к безвременно погибшим надеждам своего деда. Органическая теория общества пускает отростки в область юридических наук, в частности государствоведения (Блунчли). Наученные опытом социологи XIX века довольствуются, правда, менее жесткими по сравнению с физикой и механикой, законами и аналогиями из области биологических наук. Несмотря на то, избалованная мнимою точностью своих формул мысль юриста продолжает расширять свои домогательства. Она хочет во что бы то ни стало строить на физико-математическом базисе. При этом случаются курьезы, особенно в области уголовного права. В русской литературе некто инженер Оранжиреев начертал, например, целую систему алгебры наказаний. Соблазняются, однако, и более крупные ученые. В 3-ем издании огромного коллективного труда немецких ученых „Handbuch der Politik“ напечатана статья венского профессора Адольфа Менцеля: „Понятие и сущность государства“. Сущность государства Менцель усматривает в особой доступной измерению энергии, под которою следует понимать: 1) душевную жизнь составляющих государство людей: 2) материальные богатства нации.[2] Энергия, как видит чита-

---

[1] И. Бороздин, „Хеттские законы“. Новый Восток, 1923, № 4, стр. 291 сл.

[2] „Handbuch der Politik“, 3. Aufl. I B. S. 49.

тель, несколько особого рода. Но этому удивляться не следует. Особенность идеологической техники права в том и заключается, что, заимствуя свои понятия из строгой науки, она оставляет от них внешность, а содержание перерабатывает до неузнаваемости. На эту сторону дела обратил внимание выдающийся германский цивилист Крюкман. Сличая юридическую причинность с естественно-научной, он пришел к следующим выводам. Понятие причинности в праве не есть точное отображение философского понятия, а приспособление его для практических нужд права. Непрерывный поток событий разрезается на определенном месте (лице), к которому приурочивается фикция существенного условия. Причинная цепь для юриста начинается с действия.[1] Поясню примером. N убит в результате многочисленных причинных рядов, пересекшихся в одном месте. Тут играло роль и его богатство, и неосторожность, и случайное знакомство его кучера с уголовным преступником X, и, само собою разумеется, множество общих условий социального порядка. Юрист вырывает из всей этой сложной ткани 2—3 кусочка и заявляет: смерть N последовала от тяжких повреждений, нанесенных ему в полость живота при помощи острого орудия рецидивистом X, учинившим данное преступление с целью грабежа. На первый взгляд, это кажется ясным и особых сомнений не возбуждает. Но мало-мальски идущее вглубь судебное расследование упирается в побочные причинные ряды (почему X стал рецидивистом? Как случилось, что N нажил такие огромные богатства? и т. д.). Тут-то и обнаруживается искусственность юридической причины, требующей разных подпорок вроде вменяемости, крайней необходимости, непреодолимой силы и т. д. для того, чтобы замаскировать свою внутреннюю скудость и шаткость.

28. Юридическая конструкция.

Эта бесплодность юридического насилия над действительностью была понятна еще молодому Марксу, когда он писал: „Не правовая природа вещей должна сообразоваться с законом, а закон — с правовой природой вещей“ (Дебаты шестого Рейнского Ландтага, статья 3). Но от внимания юристов-профессионалов, то-есть, догматиков, она ускользала. Иначе и не могло быть, ибо мысль этих людей привыкла вращаться в заколдованном царстве формул, речений и понятий, живущих своею собственной хотя и призрачной

---

[1] P. Krückmann, „Fictionen und Bilder in der Rechtswissenschaft“. Annalen der Philos., 1922, S. 422.

жизнью и ткущих свою собственную логику, ничего общего не имеющую с „вульгарным“ здравым смыслом. Таким образом и создается знаменитый прием юридического мышления, именуемый конструкцией. Профессиональной рутине этот прием кажется вполне естественным. Конструировать какое-нибудь чрезвычайно сложное и запутанное жизненное отношение может быть и трудно. Но раз конструкция завершена, иными словами раз найдена формула или несколько формул, подходящих к данному случаю, дело сделано. В остальном автоматически действует самая логика закона, все предвидящая из начала и не допускающая никаких пробелов. Покойный черновицкий юрист Евгений Эрлих, всю жизнь посвятивший изучению „живого права“, то-есть обычая, судебной практики, документного права и т. п. и потому нащупавший огромный угол расхождения между жизнью и правом юристов, очень остро чувствовал опасность конструкции. В последней из своих крупных работ, вышедшей в 1918 г., он писал: „Юридическая конструкция заключается в том, что для нахождения права используываются не те понятия, на которые опирается подлинное значение и защита жизненного интереса, но абстракции этих понятий“. Так, решением от 3 февраля 1908 г. Верховный Федеральный Суд Соединенных Штатов признал рабочие союзы сговорами продавцов рабочей силы, имеющими целью поднять цену на их товар и тем ограничить свободу покупателей. Эта конструкция понадобилась для применения к рабочим союзам закона Шермана, который объявлял такие сговоры продавцов противозаконными. Легко видеть, что здесь было взято не самое понятие жизненного интереса рабочего — рабочая сила, предлагаемая нанимателю, как единственный источник средств к существованию для своего носителя, а только абстракция этого понятия — рабочая сила, как товар. Против этой конструкции и был направлен упомянутый много выше акт Клэйтона. До опубликования акта Клэйтона оставалось в силе положение, которое можно охарактеризовать следующими словами того же Эрлиха: „Благодаря юридической абстракции, достигается, что новое отношение или новое столкновение интересов регулируется при помощи старой правовой нормы без учета новых соотношений интересов, исключительно путем логической дедукции“.[1]

---

[1] Eugen Ehrlich, „Die juristische Logik“. Tübing. 1918, S. 252, 266 и passim.

29. Рациональная идеология. Рациональная идеология имеет одно значительное отличие от своих предшественниц. Те, как мы видели, стремились опереться прежде всего на чувство и подсознание. Они стремились подавить критическую деятельность разума, заполняя сознание мощными влияниями иррационального порядка. Наоборот, рациональная идеология пытается овладеть крепостью изнутри. Она рисует мир, движущийся в трех измерениях, разлагаемый на частицы, разнородные количественно, но однородные качественно. Здесь действует практический разум не в смысле Канта, а в смысле Бергсона, разум, который, в интересах покорения природы, отказался от поисков какой-нибудь внутренней или потусторонней ее „сущности“ с тем, чтобы видимое и осязаемое упростить и разложить. Бергсон, как и Шенде, хотя отправляющиеся от различных исходных точек зрения, приходят к одному пониманию разума, как орудия производства, выработанного человеком в процессе борьбы за существование и в соответствии с ее нуждами. По мере того, как борьба за существование развертывается в борьбу классов, получает новое направление и деятельность разума. Рациональная идеология окончательно вызревает в ту эпоху истории, когда машинное производство вполне обнаружило свою способность к бесконечному развитию, и когда вместе с тем стали все явственнее проступать признаки разложения капиталистического общества. Динамо-машины и турбогенераторы, как кристаллизация вычислений в металле и электричестве, были слишком могущественным и непререкаемым свидетельством побед человеческого разума. После них мистика и оценочная идеология должны были отступить и если не вовсе исчезнуть, то по крайности скрыться в самых заброшенных и пыльных углах современности, куда не доспела еще метла истории. Но диалектика событий повернула дело по-своему. Разлагающая способность разума была использована для создания новой идеологии. Обманчивой и туманной сделалась самая ясность.

30. Рационально-идеологическая механика. Аэндорская волшебница нуждается в темноте для вызова духов и, следовательно, для приведения в благоприятствующее тому состояние своих посетителей. Ведьмы старого времени приручали таких зловещих ночных птиц, как филины и совы. Современный гипнотизер усыпляет больного, заставляя его глядеть на прозрачный хрустальный шар или просто на ярко светящуюся точку. По-

мрачение сознания одинаково успешно достигается и тем, и другим способом. Идеология же по существу есть не что иное, как помрачение деятельности разума. Без основательного знакомства с явлениями массового гипноза и внушаемости нельзя составить себе научное представление об исторической роли идеологий. Это начинают понимать и в западной науке. Любопытно, что буржуазные ученые все шире усваивают себе марксистское понятие идеологии. Так, весьма консервативный писатель Альберт Дитрих разумеет под идеологиями „маски политических воззрений, рассчитанные на переработку массовой психики". Вполне последовательно он указывает поэтому, что в изучении психического механизма идеологий проблема оглушения и зачаровывания должна занять первое место. [1] В рациональной идеологии зачаровывание достигается нарочитой ясностью. Читатель мог видеть, что эта ясность возникла, как результат совершенно определенных общественных формаций. Значение тех или иных классовых интересов здесь вполне очевидно. Автор новейшей работы о классах, скандинавский ученый Понтус Фальбек выводит ясность права и самую идею права, равного для всех, из потребностей торговли. [2] В то же время покойный Георг Зиммель, следуя иному ходу мыслей, устанавливает теснейшую связь между свободной конкуренцией, с одной стороны, и идеями свободы и равенства—с другой. [3]

Мы возвратились таким образом к нашему исходному пункту, проследив развитие индивидуалистической идеологии по исторической и логической линиям. В обществе, лишенном пышных красок и замысловатых линий феодального строя, на первый план выступает товар, который утратил свое первоначальное значение продукта, предназначенного для удовлетворения определенной потребности. На пути от производителя к потребителю товар этот испытывает различные превращения. Сегодня он поступает с фабрики на оптовый склад в сопровождении надлежащей спецификации. На завтра машина оборота подхватывает его железными клещами, и он, ежедневно меняя свое лицо, выступает то в виде обеспечения банковых ценностей, то как содержимое коносамента, переходящего из рук в руки по надписям

---

[1] Alb. Dietrich, „Kritik der polit. Ideologien". Arch. f. Polit. u. Gesch. 1923, H. I. S. 31—32.

[2] P. E. Fahlbeck, „Die Klassen und die Gesellschaft". Jena 1922. S. 204.

[3] G. Simmel, „Grundfragen der Soziologie". Berl. Lpz. 1920, S. 102.

на обороте, то, наконец, как груз большой скорости, оцененный в такой-то и застрахованный в иной сумме. Потребителя не видно. Им интересуется лишь последняя инстанция оборота — розничный торговец. До этой инстанции товар не занимает даже отдельного места на полке. Он живет как фантом с приклеенной этикеткой, в которой самое существенное — цена, то-есть, более или менее удачное выражение в цифрах затраченного на производство товара рабочего времени. К товарным фантомам прикреплены или лучше причислены людские фантомы, равные между собой, как равны в последнем счете товарные атомы, то-есть, часы, минуты или секунды общественно-необходимого рабочего времени. В этом царстве равенства господствуют свои законы, чудесным образом не ограничивающие ничьей свободы, ибо сущность свободы заключается, как известно, в подчинении равному для всех закону. Движение товарных и человеческих фантомов и есть подлинная жизнь буржуазного общества. Различные моменты этого движения дают посредникам всех наименований возможность участия в прибылях, юристам—средства к жизни, философам и моралистам—благодарный материал для размышлений на тему о равенстве и свободе. Наоборот, конечный пункт движения—потребление—никого не интересует и поэтому вычеркивается из всех наук, кроме разве статистики, которая растворяет его в своих астрономических числовых массах.

Здесь лежит одно из глубочайших противоречий буржуазного общества. Жизнь человека сводится к процессам приобретения и затраты энергии, иными словами, к потреблению и труду. Продукт сам по себе есть звено, связующее эти два процесса. Но продукт, ставший товаром, то-есть, предметом оборота, порождает тьму обманчивых представлений о своей природе и о природе общества, в котором его свойства, как товара, преобладают над остальными. Рациональная идеология возводит эти представления в систему. Она сооружает из них ласкающий соразмерностью своих частей и изяществом целого, но, тем не менее, воздушный замок. В расчетах рациональной идеологии людские атомы, повинуясь заложенному в них стремлению к собственной выгоде и соприкасаясь между собой в стихии свободной конкуренции, естественно и закономерно учреждают царство свободы и равенства. Эта пышная, хотя несколько холодная картина оживает, когда рациональная идеология в своей юридической оболочке вплотную подходит к жизненному, в первую очередь к хозяйственному интересу. Клас-

совая борьба наделяет ее пафосом, заставляет звучать в ней— пусть фальшивым звуком — идеалистические струны, заимствованные вероятно где-нибудь на прокат, ибо бухгалтерия и пафос не имеют ничего общего. Предыдущее изложение подготовило нас к тому, чего мы должны ждать от юридического мировоззрения буржуазии. И действительно, индивидуализм буржуазной юриспруденции в комически преувеличенных, утрированных формах повторяет все те черты и в частности все те противоречия, которые присущи рациональной идеологии вообще.

II. ПРЕДЕЛЫ ПРИМЕНЕНИЯ ПРИНЦИПОВ БУРЖУАЗНОЙ ПРАВОВОЙ ДОКРИНЫ В СОВЕТСКОМ ПРАВЕ.

31. Буржуазное и советское право.

Установить пределы применения принципов буржуазной юриспруденции в советском праве значит указать, какие элементы юридической культуры прошлого могут пригодиться при построении пролетарской общественности. Использование буржуазного права неизбежно. Творчества из ничего не существует: новый класс, приходящий к власти, творит социальный порядок, по новому располагая кирпичи старого здания. Страницы истории испещрены попытками революционеров построить все наново: Токвиль не первый и не последний показал, что новой при этом бывает нередко одна оболочка,—содержание остается старым и, мало того, не лучшим из старого. Дать себе отчет в том, что заимствование из прошлого необходимо,—равносильно возможности сознательно выбрать наиболее пригодные части этого прошлого и, следовательно, съэкономить много труда и времени при возведении своих построек.

Классовое право насчитывает тысячелетия существования. Такой совершенный кодекс, как Уложение Хаммураби, относится к XIII веку до нашей эры. Несомненно, что кодификации предшествовало многовековое развитие правовых норм, оставшееся для нас неизвестным. За четыре с лишним тысячелетия человечество могло в области права выработать технику не менее замечательную, чем техника промышленности. Повторяя в архитектуре наших дней технические приемы Архимеда, воспроизводя в общественных зданиях мотивы Карнакского зала, Акрополя и Колизея, будем по-

мнить, что и зачатки юридической техники находятся во всех системах права, даже ранее периода научной юриспруденции. [1] Нет необходимости доказывать преемственный характер техники советского права; авторы наших кодексов гражданского и уголовного вполне сознательно стремились к уточнению своего языка, очистке его от барбаризмов, провинциализмов, длиннот и двусмысленностей. Несомненно, они имели перед глазами и Угол. Улож. 1903 г., и кодекс Наполеона, и германскую BGB. Расположение материала по общей и особенной части и по более дробным подразделениям, построение отдельных статей, самые формы гипотезы, санкции, диспозиции,—во всем этом памятники советского законодательства—плод своей эпохи и достигнутой ею стадии технического развития. Изложенное не требует особых доказательств, и в дальнейшем я не буду к нему возвращаться. Но вопрос о принципах, как относящийся не к форме, а к содержанию права, требует для своего разрешения иной предпосылки. Такой надлежит считать переходный характер советского права.

Советское право есть система норм, выросших из государственного капитализма и имеющих задачей: 1) упрочение коллективистического порядка; 2) содействие максимальному подъему общественных производительных сил; 3) правовое регулирование социального революционного творчества и по возможности наиболее безболезненный перевод общества на рельсы коммунистического развития. Из этого определения видна особая природа советского права: 1) оно лишь временно организует и легализует господство определенного класса; 2) оно не задается целью воплотить немедленно истину и справедливость в формы общественного быта; 3) оно не имеет в виду обеспечить естественного равенства, неотъемлемых естественных прав и прочего. Советское право стремится быть собранием чисто рабочих правил, технических предписаний, абсолютно лишенных характера священности и незыблемости. [2] Они употребляются, пока полезны и соответствуют потребностям момента. Утратив со временем эти свойства, закон сдается в архив с такой же легкостью и простотой, как отсылается в лом и переплавку устаревшая машина. Здесь лежит, между

---

[1] R. Ihering, „Geist des Römischen Rechts", 2. B. 2-er Teil, 1883.

[2] Стремление здесь не означает достижения. Ниже будет показано, что и при наличии описанного стремления советское право сохраняет многие черты права вообще.

прочим, одна из причин скоротечности нашего законодательства: преклонение перед продуктами собственного творчества ему чуждо. Но отсюда вытекает и чисто деловой подход к интересующему нас вопросу: суть дела не в сохранении мнимой социалистической девственности, а в трезвом учете фактического положения вещей. Государственный капитализм есть сложное состояние общества, сочетающее отрезы буржуазно-индивидуалистического порядка (частная собственность, рынок, замкнутая семья) с элементами социалистического строя. Коль скоро даны определенные экономические основы, дана и отвечающая им юридическая надстройка, иначе говоря, необходимость правового упорядочения частной собственности, наследования, товарного рынка и всех наслаивающихся вокруг этих фактов отношений сотрудничества, властвования, подчинения и т. п.

32. Понятие предела. Для того, чтобы ориентироваться в теме, необходимо с возможной точностью установить значение основных понятий, с которыми придется иметь дело. В данном случае таковыми являются термины: пределы, применение, принципы, буржуазно-правовая доктрина, советское право. Первые два не возбуждают особых трудностей; они, выражаясь языком Канта, могут стать объектом аналитических суждений, то-есть, с достаточной очевидностью сами раскроют свое содержание. Сложнее обстоит дело с последними двумя, в особенности же с третьим. Как кажется, понятие буржуазно-правовой доктрины не подвергалось в науке методическому исследованию. Придется, тем не менее, очертить границы этого понятия *для целей настоящей работы*. Сказанное необходимо иметь в виду, ибо для других целей мыслимы и другие определения. Пользуясь опять Кантовой терминологией, скажу, что последние понятия явятся для нас не конститутивными, а регулятивными, то-есть, будут иметь чисто методологическое значение.

Пределы применения или действия права устанавливаются:

1. *Во времени*. Для точного установления этого рода пределов необходимо отметить, с какого и по какой день действует данное право, т.-е. фиксировать во времени две точки. В настоящей работе, как не имеющей исторических задач, нет нужды точно определять, с какого момента стал применяться в советском праве тот или иной принцип буржуазной юриспруденции. Фактические указания будут иметь лишь чисто иллюстративный смысл. Другой конец отрезка

времени лежит в будущем, следовательно, тоже не поддается точному определению. Для моих целей достаточно будет определить его описательно, т.-е. путем указания, при каких условиях должен прекратить свое действие испытуемый принцип.

2. В пространстве. Пространство мыслится здесь как живая социально-географическая действительность. Настоящее исследование ограничится по преимуществу пределами Советских республик. Но теоретически вполне мыслимо обнаружение элементов советского права — juris consiliorum—за этими пределами и, следовательно, своеобразное сочетание их с принципами буржуазной юриспруденции.

3. Пределы принципиальные или методологические. Советское право, как уже сказано выше, представляет собою сочетание принципиально враждебных, но под давлением необходимости временно уживающихся вместе элементов. Движущая сила советского права кроется в его стремлении поощрять развитие коллективистических элементов и вытравлять индивидуалистические. Его идеальный принцип—чистый коллективизм; компромисс же имеет временную ценность, но никоим образом не должен затемнять и тем более подавлять подлинную сущность советского права. Установление пределов компромисса есть, следовательно, вопрос не догмы, а политики права. Обойти его, однако, нельзя в виду постоянной необходимости критерия для текущей практики судебной, законодательной и международной. Тем не менее, нужно заявить наперед, что и этот „принципиальный“ вопрос должен быть рассмотрен с деловой точки зрения. Если выше говорилось о затемнении и подавлении сущности советского права, то имелась в виду не какая-либо идеальная в методологическом смысле „сущность“, а просто рабочая способность права достигать поставленных ему целей—в данном случае коллективизации общества. Здесь, следовательно, границы применения буржуазно-правовых принципов очерчиваются: 1) поскольку они улучшают советское право, т.-е. усиливают его действие в направлении коллективизма—степенью этого улучшения; 2) поскольку они не улучшают или даже ухудшают советское право,—степенью необходимости их применения при данном соотношении общественных сил.

Легко заметить, что пространственные и временные пределы суть величины постоянные в том смысле, что они ясно и точно очерчиваются фактическим положением ве-

щей. В каждый данный момент советское право имеет данные границы действия. В этих границах такие-то участки отмежеваны буржуазно-правовым принципам. Наоборот, пределы в смысле методологическом—эластичны. Они то суживаются, то расширяются в зависимости от того, к какому институту, в какой момент и в какой точке конкретной социально-географической действительности подлежат применению те или иные буржуазно-юридические принципы.

33. Применение. Принципы буржуазной юриспруденции могут быть использовываемы:

1. В процессе законодательства. Законодатель может основывать создаваемые им нормы на этих принципах либо всецело, либо отчасти, поскольку имеется в виду не прямая замена буржуазного права социалистическим, а внедрение начал последнего в существующие буржуазно-правовые отношения.

2. В практике администрации и суда при необходимости толкования законов или заполнения пробелов права. Особенно рельефно выступают противоречия между буржуазным и советским правом в случае так называемой аналогии права, когда решение определенного казуса постановляется на основании общего духа соответствующей отрасли законодательства.

34. Принципы. Под принципами, согласно общеупотребительному употреблению этого слова, я буду подразумевать основные начала, из которых истекает содержание каждой данной отрасли права или системы права в целом. Сюда, очевидно, не относятся существенно важные сами по себе подробности устройства администрации и суда, течения процесса, квалификации отдельных видов преступлений, порядка заключения договоров или регистрации прав на имущество и т. д. Определять ближе понятие принципов в настоящее время нет нужды, ибо в дальнейшем будет положительно указано, о каких именно принципах буржуазной юриспруденции идет речь.

35. Понятие буржуазно-правовой доктрины. Гораздо труднее установить понятие буржуазно-правовой доктрины. Трудность эта обусловливается следующими причинами:

1. Существует огромное множество различных систем права. Гражданское право Англии, с одной стороны, Германии—с другой развивались в исторически разных условиях и во многом существенном радикально расходятся. Первое сложилось из древних англо-саксон-

ских обычаев, в дальнейшем пополненных нормами франко-норманского права, и в значительной мере сохранило свою независимость от римских и канонических влияний. При этом хозяйственный уклад страны, как морского торгового государства, благоприятствовал довольно раннему изживанию феодальной системы и связанного с нею юридического партикуляризма. В результате—сильное развитие общинных начал и справедливости (Eguity), составляющее типическую черту английского права. Наоборот, для Германии римское право сделалось к XVI веку основным и явилось одним из средств медленного преодоления феодального партикуляризма, наложившего свой отпечаток даже на общегерманское гражданское уложение 1896 г. В соответствии с этим, характерными чертами германского права являются индивидуализм и рационализм. С другой стороны, сопоставление административного права Франции и Соединенных Штатов открывает радикальнейшие различия в управлении этих обеих стран, при чем вопрос, какой из типов считать более буржуазным, остается, само собой разумеется, открытым. Нет надобности умножать примеры. Необходимо лишь добавить, что юристы теоретики, как и во времена Канта, продолжают свой бесконечный спор об основных положениях права. Единой буржуазно-правовой доктрины не приходится искать и в их учениях.

2. Извлечение общих начал из многочисленных систем и учений, если бы даже эта задача оказалась осуществимой, не привело бы нас к желаемой цели. Пришлось бы исследовать бесконечное количество материала в разных исторических плоскостях для получения скудного остатка, ибо добрых 80% пало бы на разницу, а в остальном весьма трудно было бы отделить буржуазный корень от необходимых придаточных частей всякого права. Но и, помимо того, лишь вульгарное понимание может предположить, что в настоящее время существуют чистые системы буржуазного права. Всякая идеология мозаична; на ряду с элементами, характерными для настоящего, она содержит пережитки прошлого и ростки будущего, иногда довольно сильно разветвившиеся. Таково, например, понятие социальной значимости блага, проходящее через германскую трактовку шиканы, или статьи 50—52 проекта Итальянского уголовного кодекса 1922 г., полагающие центр воздействия на преступника в создании вокруг него трудовой атмосферы, наконец, права ученых обществ, кооперативов, профессиональных союзов и трудовых объединений разного рода.

Все сказанное приводит к необходимости построить отвлеченное, методологическое понятие буржуазно-правовой доктрины и ее принципов. Только таким образом, пожертвовав пестротой и многообразием действительности, можно будет обрисовать в простых геометрических фигурах строение буржуазно-правовой доктрины и найти пересечения ее принципов с принципами коллективизма в институтах советского права. В поисках основного понятия такой гипотетической доктрины самым подходящим оказалось понятие естественной внеклассовой и внесословной личности с прирожденными ей от природы инстинктами самосохранения, накопления благ и неотчуждаемыми личными правами. Это личность—самоцель Канта и его последователей, она же хозяйствующий субъект классической экономии, добрый хозяин римского права и свободный индивид Бенжамена Констана. В ней, как было показано выше, содержится ядро всей идеологии буржуазного индивидуализма.

36. Верховенство права, как исходная точка буржуазной юриспруденции и его социальный смысл.

Понятие личности есть лишь отправной пункт буржуазной юриспруденции. Исходя из него, она нередко приходит к выводам, резко расходящимся с интересами личности, но не гипотетической, отвлеченной, а конкретной, страдающей и наслаждающейся. Прослеживать извилистые пути, которыми движется в этом направлении мысль юристов, не входит в мои задачи. Необходимо указать, однако, что, по их мнению, из соприкосновения личностей в обществе возникает известный порядок, признаваемый ими как обязательный и ограничивающий их произвол. По словам Ориу, право устанавливает мир, уравновешивает враждебные и противоположные интересы отдельных личностей, социальных классов и групп. [1] Вообще, оно является верховным началом всей социальной жизни. В этом усматривает выдающуюся черту государственного строя Англии его красноречивый теоретик Дайси. [2] От французов и англичан не отстают и немцы. Колер усматривает исключительную, особую ценность правопорядка в том, что он, кроме защиты субъективных прав, охраняет еще и культурные ценности. [3] При этом лишь подновляется старая мысль, которую так горячо защищал Тренделенбург: „все человеческие законы

---

[1] Hauriok, „Principes de droit public", 1910, p. 6. см. Алексеев, „Введение в изучение права", 1918, стр. 155.

[2] „Основы государств. права Англии", М. 1905, стр. 205.

[3] Kohler, „Lehrbuch der Rechtsphilosophie", Berl. und Lpz. 1909, S. 39.

питаются из божественного источника". [1] Впрочем, и в наше время не приходится отчаиваться в отыскании приверженцев этих воззрений. Так, Н. Н. Алексеев поучает: „Ценность права есть абсолютная ценность закона и порядка в противоположность бесценности хаоса и анархии". [2] Все эти мысли отнюдь не плод чистого умозрения. Почти теми же словами легализировали свое господство стоявшие у власти общественные классы в статьях конституций и других государственных хартий. „Французская республика признает права и обязанности, предшествующие и возвышающиеся над положительными законами... Семья, труд, собственность, общественный порядок—ее основы". [3] Даже основные законы царской России, в которой понятие законности не пользовалось особой любовью, считали необходимым провозгласить, что „Империя Российская управляется на твердом основании законов, от самодержавной власти исходящих. [4] Другие конституции, если не содержат подобных этим прямых указаний на силу закона, то внушают к ним пиэтет частым упоминанием и перечислением случаев, которые требуют вмешательства закона. Из 24 статей, составляющих содержание первых двух титулов бельгийской конституции 7 февраля 1831 г., пятнадцать ссылаются на закон в оправдание разного рода ограничений гражданской свободы. [5] Во всех этих памятниках правовые нормы выступают как нормы прежде всего, т.-е. как императивы, которые, по выражению проф. Hearn'a, светят сами собой, т.-е., почерпают свою обязательность не в каком-либо стороннем, например, целевом моменте, а в своей внутренней нормативной природе. Ганс Кельсен довел это учение до логического конца в своем понимании правоведения, как чистейшей нормативной науки. Характерно, что германский ученый говорит не о естественном праве, пренебрежительно отбра-

---

[1] Trendelenburg, „Naturrecht auf dem Grunde der Ethik", Lpz. 1868, S. 613.

[2] „Введение в изучение права" ст. 163.

[3] Конституция 4 ноября 1848 года, вступление, ст. 3 и 4. Новейшие конституции не ослабляют, а подчас еще усиливают этот момент. Вступление к Польской Конституции 17 марта 1921 г. начинается словами „во имя бога" и пространно толкует о вечных началах права и свободы, о благе всего человечества. Не менее торжественна Литовская конституция 8 августа 1922 г., присовокупляющая к праву и свободе благосостояние, труд и нравственность.

[4] Законы основные, ст. 47. Изд. 1892 г.

[5] Ст. 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 16, 17, 19, 22, 23.

сываемом им в область этики, а только о положительной, исходящей от государственного авторитета правовой норме.[1]

Верховенство права, иначе господство закона, отнюдь не является просто невинной юридической схоластикой или бутафорским украшением буржуазных конституций. Можно иронизировать над законническим идолопоклонством, но нелепо отрицать, что воспитываемое в массах уважение к закону является одним из наиболее могущественных способов организации массового поведения в интересах господствующего класса. Это обстоятельство прекрасно сознают юристы, пристально изучавшие положительное право в его действии на общественную жизнь, по преимуществу же историки права. „Решающим моментом в существовании закона — пишет П. Г. Виноградов — является не столько материальная возможность принуждения, сколько психологическая привычка признавать обязательность норм, установленных общественной властью, и подчиняться им".[2] Ту же мысль высказывает, вслед за Анри Роленом, Ф. Ф. Тарановский, подчеркивая, что закон, проникший в жизнь и ставший фактом массового поведения, соблюдается столь же стихийно и самопроизвольно, сколь и обычай.[3] Отсюда неизбежная консервативность закона. Привычка издревле являлась одной из консервативнейших сил истории. То, что в массах сказывается косностью и упадком творческого порыва, повторяется на верхушках правотворчества лишь в несколько более утонченных формах. Консерватизм юристов общеизвестен. Он не остается без влияния на судьбы тех обществ, в которых законоведы занимают почетное положение. Размышляя около ста лет тому назад о судьбах американской демократии, Токвиль пришел к выводу, что влияние законоведов в этой стране является одним из наиболее мощных средств против „революционных заблуждений". Законоведы по духу своих занятий, писал этот автор, приобретают вкус к форме и правильной связи мыслей. Это делает их консервативными и весьма сдержанными в отношении ре-

---

[1] „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre", 1911, ст. 559. Макс Адлер пытается дать сочетание марксизма с кельсенианством в своей работе „Die Staatsauffassung des Marxismus", Marxstudien, 4 B. 2 Häelfte, Wien 1922, S.S. 67—71.

[2] Виноградов. Очерки по общей теории права. М. 1915, стр. 32.

[3] Тарановский. Учебник энциклопедии права, Юрьев 1917, стр. 192.

волюционных стремлений демократии.[1] Со времен Токвиля утекло много воды. Беспокойная Европа насчитала свыше десятка переворотов и вступила, повидимому, в фазис хронического брожения, перемежающегося молниями революций и гражданских войн. А наши заокеанские соседи попрежнему продолжают вкушать покой под сенью „величайшей и превосходнейшей из конституций“. Другой вопрос, как долго этот покой сохранит свою безмятежность. Современный исследователь американской конституции Джемс Бек ничего, кажется, не утратил из законолюбивого энтузиазма, перешедшего к нему по наследству от Гамильтона и Маршалла. Для Бека сделалось совершенно ясным, что верховенство права обеспечивает интересы меньшинства от посягательств большинства народа. Но именно в этом, в „священном (solemn) круге“, очерчивающем непроницаемую сферу индивида, американский юрист и усматривает особливо высокую ценность права.[2] Он с удовольствием приводит в подкрепление своей мысли даже соответствующий текст из премудрости царя Соломона.

Конечно, размышления Бека о главенствовании законов ничего нового не содержат. Можно нагромоздить целый ворох речений Платона на эту тему. Нет сомнений, что все умствования буржуазной юриспруденции по вопросу о правовом государстве, об отношениях власти и права чуть ли не в мельчайших деталях предвосхищены беседой трех старцев по пути к Зевсову Святилищу, изложенной в „Законах“. Достаточно вспомнить: „Есть два вида государственного устройства: один, где над всем стоят правители, другой,—где и правителям предписаны законы“.[3] Спиноза, убежденный, что „законы—это душа государства“, полагал даже, что государство с правильно установленными законами будет существовать вечно.[4] Легко обойти с улыбкой превосходства мысли покрытых вековою пылью авторитетов. Но еще легче убедиться в том, что мысли эти далеко не стали безраздельным состоянием прошлого.

---

[1] Tocqueville, „La démocratie en Amerique“, l. II, chap. VIII.
[2] James Beck, „The Constitution of the United States“, Lnd., 1922, pp. 131, 155.
[3] Платон, „Законы“, 5, 7.
[4] Спиноза, „Tract. polit“. 10, 9.

37. Верховенство права в новейших конституциях.

Послевоенные конституции Запада не только восприняли от своих предшественниц лозунг законности, но еще усугубили его. Почти все они единодушны в стремлении подчинить закону другие отрасли государственной деятельности. Прежде всего полагается предел сильно выросшим за время войны полномочиям исполнительной власти. Так, австрийская конституция 1 октября 1920 г. содержит следующую широкую формулу: все государственное управление должно совершаться только на основании законов (ст. 18). Подобные же постановления содержатся в югославской конституции 28 июня 1921 г. Допуская в известных случаях издание административных указов, имеющих силу закона, югославская конституция требует, однако, чтобы в этих указах проставлялся закон, на основании которого они изданы (ст. 94). Требование ссылки на закон в административных актах знает и польская конституция 17 марта 1921 г. При этом даже устанавливается, что распоряжения властей, в коих не соблюдено данное правило, не являются обязательными для граждан (ст. 36). Хартия чехо-словацкой республики 29 февраля 1920 г. категорически указует, что правительственные распоряжения могут быть издаваемы только для осуществления определенного закона и только в пределах этого закона (ст. 55). Финляндский основной закон 17 июля 1919 г. под страхом ответственности запрещает судьям и иным чиновникам применять противные закону указные постановления (ст. 92).

В интересах вящего соблюдения законов, буржуазными конституциями нарочито учреждаются разные органы, облеченные специальными на сей предмет полномочиями. Особенно роскошествует в этом деле Финляндия, законодатели которой, повидимому, недурно усвоили учение Монтескье о сдержках и противовесах властей. Имеется высокопоставленный чиновник канцлер юстиции, который „обязан следить за тем, чтобы органы власти и чиновники соблюдали законы и исполняли свои обязанности, не причиняя никому ущерба в его правах“ (ст. 46). Этот канцлер контролирует даже законность распоряжений президента республики (ст. 45). Не довольствуясь тем, конституция предписывает сейму избирать делегата юстиции, который пользуется равными с канцлером юстиции правами и точно так же „наблюдает за применением законов и деятельностью судов и иных органов власти“ (ст. 49). В Литве те

же функции выполняются общими судами (конст. 1 августа 1922 г., ст. 68), а в Австрии конституционным судом (ст. 139).

38. Суверенитет народа и суверенитет закона. Изучая новейшие конституционные тексты, легко убедиться, что идеология верховенства закона получает в них преобладание над идеологией верховенства народа. Последняя провозглашается в общей бессодержательной форме и тут же ущемляется тисками конституционного закона, превращающего „суверенитет нации" в мыльный пузырь. Американский прием „неподатливости конституции" пользуется при этом весьма широким применением. Так, если бы в Литве суверенная нация пожелала ограничить охраняемые конституцией права собственности, ей пришлось бы преодолеть следующие трудности: 1) Сейм большинством $^2/_3$ всего своего, а не только наличного, состава должен принять требуемое изменение; 2) Если после этого в течение 3 месяцев президент, $^1/_4$ сейма или 50000 граждан потребуют постановки вопроса на народное голосование, то изменение при известных условиях может быть отклонено голосами $^1/_4$ избирательного корпуса. И только $^4/_5$ сеймовского состава могут провести изменение конституции, не подвергая его дальнейшим испытаниям (ст. 103). А вместе с тем почти все конституционные хартии приказывают считать недействительными противоречащие конституции законы. Уловление революций в сети юридической идеологии производится и другими приемами. Кто задумается над запросом о причинах затруднений, стоящих на пути даже весьма умеренных социальных реформ в современной Германии, должен дать себе отчет в значении ст. 178 веймарской конституции 11 августа 1919 г.: „Конституция Германской Империи от 16 апреля 1871 г. и закон о временной организации власти государства от 10 февраля 1919 г. отменяются. *Прочие законы и указы Империи остаются в силе, поскольку им не противоречит эта конституция.* Конституция не затрагивает постановлений мирного договора, подписанного в Версале 28 июня 1919 г. *Распоряжения властей, правомерно изданные на основании прежних законов, сохраняют силу впредь до отмены их другими распоряжениями или законами*". Смысл этого постановления лежит в том, что почти все прежнее законодательство осталось в силе. Революция не решилась разорвать „правовую преемственность" и пожертвовала своим размахом ради устойчивости юри-

дического оборота. Строго говоря, ст. 178 Веймарской конституции не содержит ничего, кроме примененного к данному случаю общего правила: lex posterior abrogat legem priorem — предыдущий закон отменяется последующим. Стоит сличить ее с близкой по содержанию ст. 5 советского декрета № 1 о Народном Суде, чтобы разница бросилась в глаза: „Местные суды решают дела именем Российской Республики и руководятся в своих решениях и приговорах законами свергнутых правительств лишь постольку, поскольку таковые не отменены революцией и не противоречат революционной совести и революционному правосознанию“. В первом случае торжество старого права над революцией, во втором—наоборот.

Не менее любопытны соответствующие указания других конституций. Эстонский основной закон провозглашает в первой же статье принадлежность полноты власти народу. Но уже третья статья разъясняет, что эстонская государственная власть никем не может быть осуществляема иначе как в силу основного закона и законов, последовавших в согласии с основным. Еще отчетливей выражено то же начало в конституции Румынского Королевства от 28 марта 1923 г. „Все власти в государстве исходят от нации, которая не может осуществить их иначе, как через делегацию и согласно принципам и правилам, определенным настоящей конституцией“ (ст. 33). Народный суверенитет еще и еще раз ограничивается в пользу суверенитета права. „Верховная“ нация не властна в осуществлении своих прав иными путями, кроме предуказанных конституционным текстом. Учение голландского юриста Краббе о верховенстве права, исключающем чье бы то ни было другое верховенство, как бы предвосхитило то направление, по которому пошло конституционное творчество послевоенной эпохи. Господствовавшая в учениях либеральной юриспруденции идея народного суверенитета потускнела и утратила все свое прежнее обаяние. Из-под стертой позолоты ясно проступил ее исторический смысл и классовый характер. Суверенитетом мог пользоваться народ первой половины и середины XIX в.— народ, состоявший из активной воинствующей буржуазии и наделенных призрачными правами трудящихся классов. Рост социального веса и организованности трудящегося большинства в конце XIX и начале XX века, откликнувшийся рядом революций и поставивший в очередь притязания на власть со стороны четвертого сословия—пролетариата, изменил политический смысл идеи народного су-

веренитета. Она могла сделаться опасным орудием в руках выдвигавшихся на историческое поприще масс. Но просто заменить эту благозвучную и столько раз оправдавшую себя на деле идеологию открытым провозглашением господства буржуазии было неловко, и, пожалуй, опасно. Юридический индивидуализм нашел иной выход. Вернувшись к своему первоисточнику, он обрел там незыблемые законоохраненные права личности, защищающие, между прочим, меньшинство от тирании большинства. Цитированный мною выше Джемс Бек именно в этом усматривает высокую функцию права. Буржуазия выжала все, что могла, из теории общественного договора Руссо. Для новой обстановки понадобились новые средства. Верховенство права, под нелицеприятными сводами которого покоятся на твердом основании законности интересы всех без исключения личностей,—вот новый идеологический цемент, которым заполняются и склеиваются трещины буржуазного правопорядка.

39. Новые течения в буржуазной юриспруденции.

Буржуазная юриспруденция XIX века связана кровным родством с классической политической экономией. Обе они мыслят общество, как совокупность хозяйствующих личностей, свободных каждая в своей области и организующих хозяйство и правопорядок путем добровольных соглашений. Обострение классовой борьбы в XX веке заметно отразилось на стройности и выдержанности этого воззрения. Рост классовых организаций в среде как рабочих, так и нанимателей приковывает внимание юристов и социологов прежде всего к коллективу и лишь затем к личности. Рабочая революция в России ускорила и обострила этот идеологический процесс на Западе. Недавно бреславльский профессор Вольдемар Мичерлих выступил с целым рядом работ.[1] в которых пытался доказать, что современный хозяйственный деятель, будь то капиталист, или рабочий, не есть уже свободная, а только полусвободная личность. Классовые и иные социальные организации на 90% ограничивают сферу личного произвола.[2] Поэтому необходимы новые формы общежития и правопорядка, которые явились бы преодолением не только капитализма, но и грозящего прийти ему на смену социализма.

---

[1] См. его статью „Der moderne Wirtschaftsmensch“ „Weltwirtschaftliches Archiv“ за 1924, I B.

[2] Сходные, но гораздо ярче изложенные мысли у Ленина „Империализм, как новейший этап капитализма“, М. 1923, стр. 29.

Не все, однако, юристы примыкают к точке зрения бреславльского ученого. В стране „равенства и свободы“, в Америке попытки стеснить простор действий делового буржуа наталкиваются, время-от-времени, на резкий отпор. Так, бывший председатель американского союза адвокатов Северенс в журнале этого союза протестует против каких бы то ни было мероприятий, нарушающих индивидуалистические основы американской конституции. „Необходимо подчеркнуть, решительно заявляет автор, что в нашей свободной стране с ее законами, созданными народом и для народа, нет места для так называемого классового сознания, и что мы не потерпим классового правительства.[1] Г. Северенс, повидимому, хочет уверить читателей, что в Америке существует внеклассовое правительство, и уж, конечно, внеклассовые суды. Редакция журнала открыла доступ на его страницы также авторам, придерживающимся иных воззрений. Один из них, г. Альбертворс, в статье о меняющемся понятии права склонен рассматривать последнее, прежде всего, как выражение компромисса между борющимися социальными интересами. Г. Альбертворс—не марксист. Он просто реалистически мыслящий человек. И, пожалуй, огорчительнее всего для правовых индивидуалистов и поклонников внеклассовой юстиции покажется приводимая им ссылка на видных американских судей Кардозо и Гольмса. Мнения обоих этих деятелей сходятся в том, что судебное решение в формально логических рамках скрывает обычно те или иные интересы социального порядка. Н. Айзекс уже совершенно расшатывает представление о твердости правопорядка. Для Айзекса англо-саксонское общее право не есть даже по существу собрание правил и принципов. Этот автор усматривает в правовых нормах по преимуществу „традиционную манеру оперирования с обстоятельствами“. Традиционность общего права в глазах Айзекса—недостаток. Он доказывает, что роль излюбленных англо-американскими судами прецедентов в большинстве случаев реакционна, и что некоторые понятия современного юридического мышления восходят к средневековью. Чтобы построить право и юридическую логику, пригодные для нашего времени, нужно отправляться от изучения обслуживаемых судебным процессом целей.[2]

[1] American Bar Association Journal, Sept. 1922.
[2] N. Isaaks, „How Lawyers think“. Columbia Law Review. June 1923. 555-563.

40. Буржуазное право и развитие производительных сил.

Аналогичные мысли находят широкое распространение в английской литературе. При этом на ряду с чопорными модными идеями гильдейского социализма и родственных ему течений, все чаще проскальзывают революционные ноты резкого протеста против всей капиталистической системы, как отжившей и не отвечающей современному состоянию производительных сил. Подходя к основам этой системы, упоминавшийся уже мною автор книги „Приобретательское общество“ — Р. Тауней характеризует ее в следующих выражениях. Приобретательское общество делает личность центром ее собственного мира. Оно упрощает вопросы общественной жизни, сводя ее к механической игре экономических сил, автоматически исправляющих временами возникающие изъяны и даже бедствия. Тауней пытается понять буржуазный правопорядок в его диалектическом развитии. Когда Адам Смит и его последователи строили свою теорию, пишет он, главным общественным злом было не то обстоятельство, что капиталисты злоупотребляли своей собственностью; наоборот, прогресс тормозили привилегии и ограничения, путем которых землевладельцы, монополистические корпорации и государство препятствовали отдельному лицу в упражнении его хозяйственных способностей. Восторжествовавший впоследствии капитализм перенес эти теории в новую усложнившуюся среду, не подвергнув их, разумеется, критической переработке. В дальнейшем, орудие освобождения буржуазии, получив новую внешность, под видом провозглашавших равенство и свободу формул, было использовано для закрепощения пролетариата. Основная предпосылка современной торгово-промышленной системы лежит в том, что экономические права предшествуют хозяйственным функциям и независимы от них, что они наделены собственным достоинством и не требуют никаких более высоких обоснований. [1]

Однако, поставить те или иные права в тесную связь с осуществляемой ими социально-хозяйственной целью значило бы во многих случаях подвергнуть сомнению целесообразность частно-собственнического правопорядка, как такового. В Соединенных Штатах возможен и выполним уже теперь план электрификации страны путем государственного использования водной силы. Один только штат Нью-

[1] R. H. Tawney, „The acquisitive Society“, Lnd. 1923. 20—33.

Иорк мог бы ежегодно извлекать из своих важнейших источников водной энергии не менее 70 миллиардов электрических килоуатт-часов. Но представителями частного капитала возбужден в федеральном верховном суде вопрос о соответствии принятого конгрессом закона 8-му разделу американской конституции. Если верховный суд, официально руководящийся соображениями чистой законности, признает закон об эксплоатации водных сил неконституционным, хозяйственное развитие страны будет задержано в интересах кучки князей капитала, но зато восторжествует принцип самодовлеющего, возвышающегося над нуждами людей права вместе с принципом полной автономии частных воль.

III. ОСНОВНЫЕ ПОНЯТИЯ ГОСУДАРСТВЕННОЙ НАУКИ.

41. Население. Государство рассматривается буржуазной наукой как союз людей, населяющий определенную территорию и управляемый единой верховной властью. Индивидуалистическая доктрина пропитала своим влиянием каждое из понятий этой конструкции. Население мыслится не в виде пестрого комплекса разнородных социальных групп, образующих органическое единство благодаря сходству этнографических признаков, общности, экономики, языка и культуры. Такое понимание в лучшем случае относится к социологической области, а в худшем просто трактуется как юридически бесплодное. Народ буржуазного права представляет собой собрание отдельных личностей, приводимое к единству наличием верховной власти. Это абстрактный, стилизованный одноцветный народ, состоящий из „субъектов, с которыми государство связано известными юридическими отношениями“.[1] Вокруг таких представлений вращается мысль юристов, даже склоняющихся к социологическому направлению. „Народ—совокупность лиц, организовавшихся в одно целое, сосредоточивающее в своих руках власть“.[2] Еще отчетливее выступает это воззрение у одного из наиболее ярких идеологов буржуазного либерализма—Б. Н. Чичерина: „Народ есть сово-

---

[1] Ф. Кокошкин, „Лекции по общему гос. праву“. М. 1912, стр. 181.
[2] В. В. Ивановский. Учебник госуд. права, Казань, 1910, стр. 90.

купность отдельных лиц или граждан, подчиненных высшей власти".[1] Конституционные хартии повсеместно, разумеется, имеют дело с такими личностями, фигурирующими под названием „граждан", „французов", „бельгийцев" и т. д. Реальные люди—капиталисты, батраки, рантьеры и пр. в глазах закона утрачивают свои нормальные свойства, свою плоть и кровь. Пронизанные рентгеновскими лучами буржуазно-юридического мировоззрения, они оставляют на пластинке лишь отражение своего скелета. „Люди рождаются и пребывают свободными и равными в правах",—провозглашает ст. I декларации прав человека и гражданина 1789 г., а титул I конституции 1791 года троекратно упраздняет всякие отличия кроме отличий по добродетели и талантам. „Французы равны перед законом"—гласит ст. I констит. хартии 1814 г. „Бельгийцы равны перед законом"—повторяет за нею ст. 6 бельгийской конституции 1831 г. То же говорит о пруссаках ст. 4 прусской хартии 1850 г., о швейцарцах ст. 4 федеральной конституции 1874 г. и о „гражданах" ст. 2 австрийского конституционного закона 1867 г.[2] „Конституционное государство проявляет склонность как бы даже не замечать никаких бытовых и социальных неравностей и различий", указывает в своем изящном этюде о государстве Е. В. Спекторский.[3] Идеологи этого государства, конечно, замечают различия, но считают лишним говорить о них, как о чем-то само собой понятном и мало относящемся к государственной науке. В данном случае одинакова психология творцов французской конституции 1791 г. и Аристотеля: первые соглашались лишь на природные различия в талантах и добродетелях, греческий философ не причислял к гражданам рабов, ибо считал их „прирожденными".[4] Впрочем, Аристотель имеет то преимущество, что уже в своем трактате об афинской политии рассматривает рабство, как продукт социальных причин.[5]

---

[1] Курс государственной науки, ч. I. М. 1894, стр. 5.

[2] Новейшие конституции переняли это правило. См., например, ст. 82 латв. конст. 15/II 1922 г. или ст. 5 финл. конст. 17/VII 1919 г.

[3] Государство, ПГ. 1918, стр. 15.

[4] Политика, III, 4, 4, ср. 1, 2, 14. Очень показательно сгруппированы рассуждения Аристотеля о государстве, у Поля Жане в его „Histoirede la Science politique", 2 éd. ch. III, § 2.

[5] См. Бузескул, „Афинская полития Аристотеля, как источник для истории госуд. строя Афин". Харьков 1895, стр. 132.

42. Территория. Обезличив людей, буржуазно-правовая доктрина обесцвечивает и понятие территории. Последняя предстает как некоторое пространство, однородное, благодаря единству парящей над ним суверенной власти. В техническом смысле хорошо, конечно, если территории двух разных государств отделены так называемыми естественными границами, но по существу это не имеет значения. Право попирает все деления землеведения и вульгарного здравого смысла. Морское пространство у берега, так называемое береговое море, есть продолжение суши прибрежного государства. Правда, по одним учениям в береговых водах признается полный суверенитет последнего, по другим оно имеет там лишь ограниченное территориальное верховенство, [1] но суть дела от этого не меняется. Конечно, решение вопроса зависит от дальнобойности береговой артиллерии: этот принцип, установленный еще Бинкергуком, свидетельствует вместе с принципом эффективности блокады, что конфликты между капиталистами разных стран находят не фиктивное, а самое реальное и рациональное разрешение в рецептуре одной из младших юридических наук. Не всегда, однако, так просто разрешается вопрос: в регламентации пользования международными реками, протекающими по государственным территориям разной принадлежности, обнаруживаются трудности буржуазного понимания территории. Попытки ограничить это понимание в интересах международного торгового оборота путем хотя бы нейтрализации рек вызывают протесты со стороны прибрежных государств. Румыния фактически аннулировала устав судоходства по среднему Дунаю от 2 июня 1882 г., а Венгрия в 1899 г. вопреки международному праву поставила свое дунайское судоходство в привилегированное, по сравнению с остальными державами, положение. Подобного рода инциденты столь обычны в международной практике, что интернационалисты построили целую теорию о зависимости юридической силы междугосударственных договоров от выполнения некоторых формальностей внутри государства. [2] Выражаясь словами С. А. Котляревского, в международном правовом быту „Rechtsfrage“ слишком легко переходит в „Machtsfrage“; автор обретает утешение в том, что злоупотребления исчезнут с „ростом

---

[1] Например: Лист, „Международное право“, Юрьев 1905, стр. 105.

[2] Например Kaufmann, Die Rechtskraft des internationalen Rechtes, 1899 г. S. 33.

общего правосознания и подъемом политической морали“.[1] В ожидании этих отрадных явлений государственное право чинит целый ряд препятствий международному. Должно, правда, признать, что все международное право основано на факте множественности государственных территорий; достаточно свалить повсюду пограничные столбы, украшенные символизирующими разные суверенитеты гербами, и для воздушных конструкций международного права вовсе не останется места. Но дабы воспрепятствовать этому преступному деянию, многие конституции провозглашают, что государственная территория неделима и неотчуждаема.[2] Начало положено французской конституцией 1791 г., из которой это правило перешло во многие другие. Венгерский 2-ой закон 1867 г. включает в текст королевской присяги обязательство охранять территориальную целость Венгрии. Даже федеральная конституция Швейцарии (ст. 5) вынуждена была гарантировать кантонам их территорию. Вслед за бельгийской, греческой, датской и румынской[3] конституциями ст. 1 основных законов 1906 г. постановляла: „Государство Российское едино и нераздельно“, а в полном титуле „императорского величества“ кропотливо исчислялись все владедения и земли: начиная от Московской, Киевской, Казанской и кончая Курляндской, Карельской, Семигальской и Болгарской. Фактически неотчуждаемости и неделимости, конечно, не существовало: Аляска была продана в 1867 г. Америке, южная часть Сахалина по Портсмутскому миру уступлена Японии, но ореол святости и неприкосновенности от этого не тускнел. В государственном титуле указывались права на Кабардинскую и Карталинскую короны; не упускались при этом и совершенно мертвые звания Герцога Шлезвиг-Гольштинского, Стормарнского, Дитмарсенского и даже Наследника Норвежского.

43. Власть. Над призрачным населением на искусственной территории не может быть поставлена выросшая из подлинных социальных корней реальная власть. Власть конструируется, как и первые два

---

[1] „Правовое государство и внешняя политика“. М. 1909, стр. 25.

[2] Фаусетт замечает в своей монографии о границах, что некоторые территориальные обмеры проводились путем опустошения целых районов и запрещения селиться в них. Такие границы он называет, впрочем, искусственными (artificial). См. C. B. Fawcett, „Frontiers, a Study of political geography“, Oxford, 1918, p. 62—63.

[3] Румынская конституция 28 марта 1923 г. не только устанавливает неотчуждаемость государственной территории, но запрещает ее колонизацию (!) народностями иностранного происхождения (ст. 3).

элемента государства; при этом безразлично, основывается ли властвование на вотчине крепостника, лавке купца или банке финансиста, общественном договоре, божьей милости, избрании, полномочии, патримониальном праве. Важно то, что сконструированная каким бы то ни было образом власть делается лишь одним из звеньев юридической паутины. Она имеет идеальное бытие среди прочих частей конструкции; каково ее не идеальное и не мыслимое, а подлинное, реальное содержание, природа, стремления, свойства, до этого буржуазной юриспруденции нет дела. „Правительство выражает волю территориальной коллективности“—констатирует Дюги. Для него несомненно, что эта коллективность не фикция, и что у нее есть определенная „воля“, которую можно „выражать“. Гораздо больше беспокоит французского юриста вопрос: „должно ли правительство рассматриваться как уполномоченный территориальной коллективности“, или же просто как „юридический орган государства“. [1] С другой стороны, подходит к вопросу покойный Ф. Ф. Кокошкин. „Власть есть специальный вид субъективного права, отличающийся от других видов его тем, что действия, которые составляют предмет обязанности, не определены заранее нормой права, а определяются в известных пределах волею субъекта права“. [2] Гербер полагал, что „государственная власть есть волевая мощь неделимого как личность нравственного организма“. [3] Лоренц фон-Штейн видит функцию государственной власти в том, чтобы „представлять личное единство всех моментов государства и выражать их в личном бытии и воле“. [4] Не удивительно, что один из новейших писателей вынужден меланхолически признать отсутствие в науке о государстве „сколько-нибудь разработанной теории власти“. [5] Тексты конституции вряд ли много помогут делу. Из них мы узнаем, что „верховная власть едина, нераздельна, неотъемлема и неотчуждаема“. [6] Любопытно совпадение терминов с теми, которыми обозначается юридическое положение территории;

---

[1] Конституционное право, М. 1908 г., стр. 56.
[2] Кокошкин, указ. соч., ст. 191—2.
[3] Herber, „Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts“, 1869, 19—21. (Цит. у Н. Н. Алексеева).
[4] Лор. фон-Штейн, „Учение об управлении и право управления“. СПБ. 1874, стр. 4.
[5] Н. Н. Алексеев, „Очерки по общей теории государства“, 1920, стр. 174.
[6] Фр. Конст. 1791 г. разд. III, ст. 1. Ср. ст. I конст. 1793 г.

последняя ведь тоже „едина и нераздельна“. Эти бессодержательные характеристики имеют то преимущество, что кажутся важными и многозначительными: они преисполняют граждан благоговением к конституции и дают юристам повод для сооружения хитросплетенных теорий. Конституция 4 ноября 1848 г., представляющая наиболее совершенный продукт либерального фразерства, не только восприняла от своих предшественниц эту терминологию, но еще распределила ее содержание между „республикой“ и „верховной властью“. Именно, первой приписывается единство и нераздельность, а второй неотчуждаемость и неотъемлемость. Другие конституции, к сожалению, не столь красноречивы. Соединенные Штаты лишь во вступлении упоминают о „правосудии, благосостоянии, спокойствии и благодеяниях свободы“; самые статьи озабочены деловым разрешением связанных с устройством подобающей власти вопросов. Бельгия сухо констатирует, что „все власти исходят от народа“ (ст. 25). Только педанты могут видеть в этом противоречие со ст. 60, устанавливающей, что „конституционные полномочия короля наследственны в прямом, естественном и законном потомстве его величества Леопольда-Георга-Христиана-Фридриха Саксен-Кобургского“. Недостаток красноречия у авторов конституций в крайнем случае, возмещается избытком его у юристов.

На экономистов и практических деятелей это не всегда, однако, производит достаточное впечатление. Франц Оппенгеймер упрямо и категорически настаивает на том, что государственная власть никогда не имела иной конечной цели, кроме эксплоатации, хозяйственнного использования побежденных в интересах властвующих. [1] А Бисмарк цинически разъясняет, что „кто имеет силу, тот и поступит по-своему, так как государственная жизнь ни на одно мгновение не может замереть“. [2] Впрочем, железный канцлер лучше чем кто-либо расшифровал дух буржуазной государственности. В своей речи от 4-го марта 1867 г. он говорит об избытке германской мужественности, выражающейся в надежде каждого на свои силы, а отнюдь не на поддержку коллектива (der Gesamtheit). [3] Все это учитывается новейшими государствоведами. Они склонны, правда, видеть источник

---

[1] Oppenheimer, „Der Staat“, Frkf/M 1907, S. 9.

[2] Бернацкий, „Теоретики гос. социализма в Германии“, Спб. 1911. стр. 329.

[3] „Fürst Bismarcks gesammelte Reden“, Globus verl. Berl. I. B. S. 145.

власти в силе, особенно, в экономическом господстве, но все же настаивают, что „при ближайшем рассмотрении“ государственная власть есть не что иное, как право. При режиме „правового государства“ в этом не может быть никакого сомнения. Государственная власть — не фактическая сила, ограниченная правом, а одно сплошное право. [1] Должно сознаться, что полет мысли г. Магазинера уступает в смелости и широте концепциям его духовного предка Ричарда Кумберленда. Тот выводил права верховной власти не из преходящего факта правового государства, а из вечных естественных законов, притом он не сбивался через несколько строк на шаткую формулу „власть в идее должна быть правом“. Английский епископ прямо указывает, что, согласно божественного установления, „les uns commandent, les autres obéissent“ (одни повелевают, другие подчиняются). [2] Именно по поводу аналогичных построений писал Энгельс еще в 1887 г.: „В XVII столетии религиозное мировоззрение теряет свое господствующее положение... его заменяет новое, юридическое, которому суждено сделаться классическим мировоззрением для буржуазного общества“.

44. Личные свободы.

Само собой разумеется, что и юридическая природа так называемых личных прав или гражданских свобод возбуждает многочисленные споры. Не даром же теория субъективных публичных прав считается одной из труднейших проблем государственной науки. Что касается конституций, то они в однообразных до скуки выражениях признают, провозглашают, гарантируют неотъемлемость свободы слова, собраний, союзов, неприкосновенность личности и т. д. Я не вижу нужды утомлять читателя соответствующими цитатами из американской, румынской и других конституций. Но есть исключение, на котором стоит задержаться. В Англии, как известно, нет конституционного акта, аналогичного основным законам других стран. Ее государственное право не гарантирует особой свободы собраний, тем не менее последняя там существует и—что всего характернее—не сохранила никаких почти юридических следов своей истории, столь увлекательно изложенной Генри Джефсоном в его „Платформе“. Всего только в 1825 г., когда истек срок действия акта 1819 г.

---

[1] Я. М. Магазинер, „Общее учение о государстве“ ПГ. 1922, стр. 11.

[2] R. Cumberland, „Les loix de la Nature“, traduits par Mr. Barbeyrac-Leyde, 1757, Ch. IX, § 5.

против мятежных сборищ, право публичных митингов получило солидное основание. Еще 40 лет спустя, в 1866 г. Джон-Стюарт Милль должен был отстаивать в парламенте фактическую возможность для народа собираться на митинги. [1] И, тем не менее, мы узнаем, что право собраний есть нечто иное, как результат взгляда судов на индивидуальную свободу личности и индивидуальную свободу слова.

„А" может итти, куда ему вздумается, то же самое относится к „Б", „В" и другим. Если при этом они сойдутся в каком-нибудь месте хотя бы в количестве многих тысяч, и станут обмениваться мнениями на политические темы, то каждый из них просто воспользуется своим индивидуальным правом передвигать, куда ему заблагорассудится, свое тело и законнейшим образом упражнять свой язык. [2] Поэтому недопущение законного митинга, с точки зрения английских юристов, не есть нарушение публичного права, но вмешательство в личные права каждого из собравшихся. Оно слагается из многих нападений на отдельных участников митинга; виновное должностное лицо подлежит ответственности не за прекращение митинга, а за насилие над гражданами А или Б, осуществлявшими свое законное право прогуливаться в Гайдпарке или в другом месте. Так комментирует практику британских судов один из авторитетнейших и остроумнейших юристов Англии. [3] Сидней Лоу в своей известной книге присоединяется к заключениям Дайси, [4] Альбани Фонбланк, совершенно лишенный вкуса к теоретическим рассуждениям, вовсе обходит этот вопрос молчанием. В его глазах „конституция страны есть управляющая ею система учреждений". [5] Учебник Фонбланка, выдержавший на его родине свыше 16 изданий, чрезвычайно характерен для психологии английского буржуа; характерно, конечно, и умолчание его о личных правах, всегда занимающих почетное место в немецких и французских курсах конституционного права. И, разумеется, с точки зрения буржуазно-правовой доктрины, самой здравой и основательной, следует признать именно английскую интерпретацию гражданских свобод.

---

[1] Джефсон, „Платформа" т. II, стр. 449.
[2] Дайси, указ. соч., стр. 303.
[3] Там же, стр. 519.
[4] С. Лоу, „Государственный строй Англии", Спб. 1908, стр. 10.
[5] А. Фонбланк, „Правление Англии", Спб. 1903, стр. 1.

IV. ПРИНЦИПЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА.

45. Субъект права. Не менее, если не более ярко выступают индивидуалистические моменты в гражданском праве. Здесь скрадывается такой грандиозный общественный фон, каким является господствующее над индивидом государство. На его место становится обманчивая, но убедительная для социологически невооруженного глаза фикция равносильных и равноправных хозяйствующих субъектов, свободно определяющих в меновом обществе цену своих товаров и услуг. Поэтому буржуазно-правовые представления в гражданском праве имеют значительно более долгую историю, чем их аналогии в государственном. Довольно рано устанавливается здесь представление об абстрактной договаривающейся личности, юридическая ценность которой определяется выполнением лежащих на ней материальных обязательств. Личность заменима, поскольку заменимы обязательства. „Если земледелец, — предписывает Хаммураби[1] — не получив в первый год пользы, передаст обработку поля другому, то хозяин поля не может противиться этому, ибо по окончании обработки поля он получает хлеб сообразно с договором“. Однако, в законах Хаммураби еще сильно дает себя чувствовать сословное деление общества. Сословиями являются не только awilum (свободные) и muškênum (вольноотпущенники), но и wardum (рабы), по отношению к которым господа отнюдь не имели права жизни и смерти.

Два слишком тысячелетия, прошедшие между эпохой Хаммураби и великими кодексами римского права, отнюдь не улучшили положения рабов. „Сопоставление рабов с животными (quadrupedes), пишет И. А. Покровский, делается не только юридической формулой, но и настоящей реальной действительностью“. Юридическая логика римлян доводит почти до нуля различие между свободными, но тем рельефнее отделяет их от рабов. „Omnes homines aut libri sunt, aut servi—все люди либо свободны, либо рабы“,— устанавливает Гай.[2] В 1 книге Институций, посвященной лицам, он больше не занимается рабами, если не считать сделанного им во избежание недоразумений замечания: Servus nullum caput habuit, которое лучше всего перевести

---

[1] Законы Хаммураби, ст. 47, М. 1914, стр. 28.
[2] Pr. Inst. de j. pers. 1. 3, цит. по изд. Beck'a Lipsiae, 1829.

в том смысле, что раб не имеет никакой личности. Настоящее свое место рабы находят во второй книге, посвященной вещам; в числе последних упоминается и liberi homines, qui in servitutem nostram deducantur — свободные люди, попадающие в рабство. [1] Зато свободные лица в гражданско-правовом обороте выступают, как математически равные величины. Раз имеется на лицо одно из условий возникновения обязательств contractus, maleficium (договор, правонарушение) или какая-нибудь иная figura causarum, [2] обязательство состоялось, и все его последствия наступают автоматически. Ответственность устраняется лишь при наличии incendia, naufragium, ruina (пожар, кораблекрушение, обвал) или вообще какого-нибудь обстоятельства, которого не могла преодолеть humana infirmitas — человеческая слабость [3] Имущественное положение контрагентов в расчет не принимается; строгое классическое право древнего Рима не вводит в свой обиход представления о кабальных сделках. Основной принцип обязательственного права получил чеканное отражение в известном правиле закона XII таблиц: „Cum hexum facit mancipiumque uti lingua nuncupassit ita jus esto—обязательства по сделке в точности определяются ее словесным выражением“. Исторически этот закон закреплял тяжелую зависимость плебеев от патрицианских ростовщиков; но форма его относилась ко всем истцам и ответчикам без различия.

Институты „Replewin“ или „village pound“, о которых пишет в своем исследовании Брегонского права Мэн, давали право всякому свободному гражданину налагать арест на имущество правонарушителя. Фактически ими легализировался захват имущества арендаторов и загон скота помещиками, взыскивавшими ренту или убытки за потраву. [4] Не делает различия между субъектами договоров и мусульманское право. Коран, выражающий в этом отношении идеологию крупных скотоводов и караванных торговцев Аравии, категорически заявляетв сем правоверным: „Те, которые старательно охраняют поклажу, доверенную им, и исполняют принятые на себя обязательства, вот таковые-то и будут почтены в садах райских“. [5] Для исполнительного бедного должника создается таким образом могущественнейшее по-

---

[1] 17 Inst. de rer. div. 2, 1.
[2] L. 1 pr. D. de oblig., 44, 7.
[3] L. 1 § 3 D. de oblig., 44, 7.
[4] Г. С. Мэн, „Древнейшая история учреждений“. Спб. 1876, стр. 208.
[5] Коран, сура 70, стихи 32—34.

ощрение: не исполнит обязательства,—лишится райского блаженства. Чтобы не вышло недоразумений при пуске в рай, Коран убедительно советует: „О, вы, которые веруете, сговариваясь об уплате долга в определенный срок, заключайте письменное условие“. [1] Пандектное право, подытожившее все развитие буржуазного юридического мышления, до тонкости разработало понятие римского animus, превратив его в абстрактную „волю“. Волеизъявление сторон весьма существенный момент сделки, но мыслится оно чисто формально. Определяющие волю побудительные мотивы значения не имеют: реализация их несущественна для самой сделки. [2]

46. Свобода договоров. В согласии с этими принципами решают вопрос и законодательства. Свобода договоров между иллюзорными волеизъявителями — краеугольный камень всех гражданских уложений. Андреас Гейслер в следующих словах формулирует этот взгляд, как он выражается в гражданском праве Германии до уложения 1896 г.: „Кто делает нечто, влекущее за собою юридические последствия, несет за это полную ответственность... О действиях же надлежит судить по их внешнему выражению и хозяйственному результату; мотивы деятеля значения не имеют“. [3] Наиболее ревностные защитники свободы договоров заключали даже о необязательности какой-либо формы, коль скоро существует внутреннее согласие воль. [4] Российский Сенат в ряде руководящих решений разъяснил, что заключение договора предполагает свободную волю сторон. Ссылка на принуждение уважительна лишь в той мере, в какой данное принуждение почитается деянием уголовно-наказуемым; всякое иное принуждение, по сенатской терминологии „нравственное давление“, не опорачивает договора. [5] Любопытно, что комментируемая сенатом статья 702, ч. I, т. X, толкует принуждение гораздо шире, подводя под это понятие „страх настоящего или будущего зла, могущего постигнуть лицо или имущество“. В такой форме (заимствованной из Улож. Алексея Михайловича, гл. X, ст. 251) может подразумеваться и недействительность кабальных сделок, но, конечно, интересы

---

[1] Там же, сура 11, стихи 282.

[2] Дернбург, Пандекты, т. I, § 94.

[3] A. Heussler, „Institutionen des Deutschen Privatrechts“, Lpz. 1885 B. I S. 61—2.

[4] Ib. B. II, S. 227.

[5] Решения Гр. Касс. Департ. 68/708, 69/760, 76/582.

буржуазного оборота не допускали иного толкования, нежели данное сенатом. Проблема свободы договоров сыграла видную роль в истории борьбы с предпринимательскими объединениями. Еще в Юстиниановом кодексе есть статья de monopoliis et conventu negotiatorum illicito—о монополиях и недозволенном сговоре купцов, строго запрещавшая стачки купцов для повышения цен. В дальнейшем как германское, так и другие европейские, в особенности же американское законодательство с большой энергией боролись против монопольных соглашений; суды и общественное мнение широких народных кругов всемерно поддерживали эту борьбу. И, тем не менее, „жизнь—как пишет г. Каминка,—оказалась сильнее законодателя. Тресты блестяще разрешили задачу полного объединения конкурирующих предпринимателей в одно целое“. [1] Устойчивость принципа свободы договоров осилила все препятствия, которые в рамках буржуазного строя воздвигались ростом организации трудящихся. „Основным принципом обязательственного права и теперь остается свобода договоров“, свидетельствует исследователь гражданского права Польши и прибалтийского края проф. Трепицин? [2] Не менее определенно заявляет и нелишенный коллективистских устремлений И. А. Покровский: „Вместе с началом частной собственности принцип договорной свободы служит одним из краеугольных камней всего современного гражданского строя“. [3] По мнению столь яркого и талантливого противника индивидуализма в праве, как Леон Дюги, „договор по своей природе и по даваемому ему определению есть нечто исключительно индивидуальное“. [4] В итоге ни общегерманское уложение, ни швейцарский кодекс не внесли радикальных перемен в основные конструкции гражданского права. Если не мог дать такого результата могучий рост социалистического движения, то, разумеется, в общем и целом бессильны остались и германисты со своими общинническими теориями, опирающимися на почтенный авторитет Тацитовой Германии. В борьбе между Виндшейдом и Гирке победа осталась на стороне первого. Гражданское право было и осталось наукой о

---

[1] А. И. Каминка, „Основы предпринимательского права“, ПГ., 1917, стр. 281.

[2] И. Н. Трепицин, „Общая часть обязательственного права“, Варшава, 1914, стр. 35.

[3] И. А. Покровский, „Основные проблемы гражданского права“, ПГ. 1917, стр. 241.

[4] Дюги, „Общие преобразования гражд. права“, М. 1919, стр. 71.

нормировании взаимоотношений между призрачными личностями, которые отличаются лишь точно измеренным объемом право- и дееспособности. Понять это—значит понять и природу юридических лиц, доставляющую столько хлопот ученым юристам от Лабеона до Бринца и до наших дней. Конечно, прав был Бринц в том, что юридические лица суть фикции; [1] идя дальше, он убедился бы, что такие же фикции—и физические лица гражданского права, лишенные расы, темперамента, страстей, интересов, стоящие вне классов и сословий, наделенные особой безмотивной волей и вместо трех эвклидовых измерений двигающиеся в одном измерении—юридическом.

В стране, наиболее раздираемой международными и внутренними противоречиями капиталистического строя, в Германии, юристы делают героические усилия, чтобыспасти неприкосновенность частного договора, как согласного выражения воли договаривающихся сторон, и ничего более. Между тем, быстро и непрестанно меняющийся социальный фон гражданских взаимоотношений колеблет смысл множества сделок, заключаемых в расчете на более или менее длительное сохранение status quo. Отсюда ожесточенные споры на тему об основании и цели сделки. Один из наиболее выдающихся немецких цивилистов, Ортман, затрачивает массу остроумия, чтобы свести основание сделки к отчетливо выраженному представлению ее участников об определенно существующих или имеющих наступить обстоятельствах. Вслед за ним Лохер высказывается за невмешательство государства в содержание договора. Правопорядок, пишет этот автор, имеет достаточные основания не касаться мотивов, руководивших сторонами при заключении сделки. В противном случае могли бы серьезно пострадать интересы оборота. Лохер сознает, что при таком положении цель сделки приобретает весьма узкий и односторонний характер, но это рисуется ему совершенно в порядке вещей. [2]

Как бы усердно ни домогались юристы сохранения автономии частных воль, государство вынуждается обстоятельствами сплошь-да-рядом отступать от этого принципа. 21 сентября 1920 года имперский кассационный суд в Германии разъяснил, что при известных условиях и в известных

---

[1] Характерно, что Планиоль настаивает на замене термина „юридические лица“ термином „фиктивные лица“. См. его „Traité élém. de droit civil“, t. I, Paris,—Pichon, 1904, § 3007.

[2] Locher, „Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck“. Arch. f. die zivilistische Praxis, 1923, I Heft.

пределах суды вправе отступить от точного смысла договора и видоизменить отношения сторон. Генрих Леман, весьма склонный к усилению социального момента в гражданском праве, усмотрел в сказанном решении чуть ли не час рождения современной претуры. Против этого усердно возражает более симпатизирующий индивидуалистическому пандектному праву Титце. Для Титце всякая норма, установленная законодателем в помощь волеизъявлению сторон, равносильна (но и только) положениям, установленным самими сторонами. Если так, то тем более не имеет самостоятельного правотворческого значения полномочие суда вносить изменения в договор. Во всяком случае, такого рода полномочие должно быть ограничено случаями, положительно предуказанными законом, и может сводиться по существу лишь к восполнению договора, когда стороны не предусмотрели каких-либо существенных для дела обстоятельств.[1]

Социологические корни борьбы всех этих течений кроются в инстинктивном опасении хозяйствующего буржуа совершенно утратить свою самостоятельность, пожертвовав ею в пользу хотя бы буржуазного государства или даже просто классовой торгово-промышленной организации. Ведь тем самым он облегчает работу будущим строителям социалистического хозяйства. Маркс говорит, что, сплачивая пролетариев, капитализм создает своих будущих могильщиков. Диалектика истории шагнула еще дальше. И буржуа, толкаемый обстоятельствами к хозяйственному и государственному правовому сплочению со своими товарищами-конкурентами, чувствует, что он роет себе могилу собственными руками.

47. Собственность, как предмет конституционного права.

Вместе с принципом договорной свободы право собственности играет первенствующую роль в гражданском правопорядке буржуазии. „Определить буржуазную собственность значит сделать не что иное, как описание всех отношений буржуазного производства“,—замечает Маркс.[2] В этих словах уловлена и объяснена трудность задачи, вызывающая недоумение ученого цивилиста Дернбурга. „Определение права собственности—с прискорбием констатирует Дернбург—уже несколько столетий

---

[1] H. Titze, „Richtermacht und Vertragsinhalt“, Tübing. 1921, SS. 6, 29, 35 ff.

[2] „Elend der Philosophie“, Cap. II, § 4.

служит предметом изысканий; несмотря на это, не достигнуто удовлетворительного во всех отношениях результата“. [1] Между тем в решении вопроса заинтересованы не только цивилисты: от них ждут помощи государствоведы, которым во всех почти конституциях мира приходится встречаться с понятием собственности; в плане государственного устройства оно стоит на одном из первых мест. Декларация прав человека и гражданина 1791 г. признает собственность „священным и неприкосновенным“ правом [2] в то время, как свобода, личная неприкосновенность и сопротивление угнетению пользуются лишь титулом прав „естественных и неотъемлемых“, [3] а свободная передача мыслей квалифицируется всего только как „одно из драгоценнейших прав человека“. [4] Еллинек, пытавшийся доказать заимствование авторами декларации ст. 17 из Bill of rights Массачусетса и Вермонта, за внешним сходством соответствующих статей, не уловил той разницы в тоне, которая делает музыку. [5] Чисто деловая характеристика права собственности в Вермонтской декларации мало чем отличается даже от конструкций советского права. Обожествление собственности, градация благ, в которой она ставится выше свободы и личной неприкосновенности, не говоря уже о какой-нибудь свободе слова, все это, конечно, необычайно яркое выражение именно буржуазной идеологии, вполне и окончательно себя осознавшей. Не менее замечательны в этом отношении памятники конституционного развития Англии, подтверждающие мнение Оппенгеймера, что господствующие классы охотнее мирятся с посягательствами на личность, нежели на собственность благородных. [6] Еще Великая Хартия Вольностей озабочена, главным образом, порядком назначения щитовых (Scutagium) и вспомогательных средств, а также укрепления наследственных прав. [7] Подтверждение Хартии Эдуардом I (1297 г.), занято борьбой с незаконными поборами и налогом с шерсти; впрочем король оставляет для

---

[1] Дернбург, Пандекты, т. I, ч. II, § 192, прим. 6.

[2] Декларация, ст. 17.

[3] Там же, ст. 2.

[4] Там же, ст. 11.

[5] Георг Еллинек, „Декларация прав человека и гражданина“. М. 1906, стр. 31.

[6] Oppenheimer, „Der Staat“, S. 112.

[7] Magna Charta libertatum, art. 2—11, 12, 14. Поэтому, столь авторитетный исследователь, как Д. М. Петрушевский, и называет Хартию деловым документом, изучение которого рассеивает „иллюзии“ историков и юристов. См. его Велик. Хартия Вольностей М. 1915, стр. 51.

себя и своих наследников „право на шерсть, шкуры и кожи“, определяемое в особом порядке. Петиция о правах 1627 г. от имени духовных и светских лордов и общин начинает с посягательств королевских комиссаров на собственность; лишь после этого идут жалобы на незаконные стеснения свободы.[1] Почти такая же последовательность мысли присуща авторам билля о правах 1689 г.: о незаконных налогах говорится в 4-й статье, об ограждении личной свободы в последующих. Другие государства идут по путям, проложенным левиафанами конституционного права. „Права собственности неприкосновенны“,—лаконически гласит ст. 67 болгарской конституции. Раздел VI той же конституции, трактующий о личных свободах, значительно менее категоричен. Ст. 77, например, предписывает: „Частная переписка и частные телеграфические депеши почитаются неприкосновенными“. Юристы могут спорить о тождественности или разнице в смысле этих статей; нас в данном случае интересует разница тона, а она очевидна. Румыния наглядно выказывает свою приверженность к французским образцам. „Личная свобода гарантирована“, уверяет ст. 13 румынской конституции 1866 г. Ст. 15 берет тоном выше: „Частное жилище неприкосновенно“. И, наконец, ст. 19 провозглашает торжественно и полнозвучно: „Собственность всякого рода священна и неприкосновенна“.[2]

48. Собственность, как цивилистическое понятие.

Маркс, как известно, выводил государство и его форму из потребностей гражданского общества. Не удивительно поэтому, что еще Гай предвидел столь поразительное единодушие различных народов и государств; не даром на первом месте он ставил рождение права собственности jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servaturus—из международного права, которое существует согласно с законом природы для всех людей.[3] Юристы усердно добиваются достижения этого права именно в том виде, как оно родилось ratione naturali, то-есть, вышло из рук природы. В том, что именно таково рождение собственности, сомневаться не приходится: артикулы конституций, если не именуют собственность правом

---

[1] Petition of Rights, 1, 2, 3.

[2] Рум. конст. 1923 г. выпустила слово „священна“. Таков прогресс за время 1866 по 1923 г. Зато польск. конст. 1921 г. настаивает на том, что „собственность есть один из важнейших устоев обществ“ (ст. 99). Впрочем, она вынуждена изъять землю из неограниченного оборота.

[3] 1 pr. Dig. Rer. quotid., 41, 1.

естественным и неотъемлемым, то лишь для того, чтобы венчать ее званием священной и неприкосновенной. Мысль учредителей государств подымается здесь, выражаясь языком Спинозы, от natura naturata к natura naturans, или, как любят выражаться русские духовные писатели, от твари к творцу. Последний путь, конечно, правильнее: у народов, наиболее близких к природе, частная собственность долго не выделяется из собственности рода, или клана. А в процессе ее выделения наблюдаются некоторые черты, свидетельствующие о глубоком расхождении между правосознанием невежественных дикарей и ученых юристов. У первоначальных обитателей Бразилии земля становится собственностью в силу обработки; с прекращением последней прекращается и собственность. То же отмечает Мейнике относительно дикарей Новой Гвинеи и маорисов. Мунцингер приводит ряд любопытных примеров из практики богосов; у этого племени уважение к собственности основано только на уважении к затраченному труду.[1] Замечательными исследованиями А. Я. Ефименко и К. Р. Качоровского установлено наличие аналогичного понимания собственности в правосознании трудового крестьянства России;[2] Н. И. Гродеков проследил те же обычаи у киргиз и каракиргиз б. Сыр-Дарьинской области. Все это небезызвестно цивилистам. Отличаясь от публицистов меньшей склонностью к высокопарности мышления и большей сухостью языка, они избегают употребления слов „священный" и даже „естественный"; то, что было позволительно Гаю, неуместно в настоящее время. Для Данкварта собственность и ее полная безопасность суть прежде всего важнейшие условия кредита, а, следовательно, и производства.[3] В соответствии с этим и Д. Д. Гримм вместо приведенных выше сакраментальных формул дает следующее, с виду безобидное, определение: „Собственность, dominium или proprietas, в чистом своем виде, т. е. без всяких ограничений, определяется обыкновенно как право полного и исключительного господства лица над телесной вещью".[4] Трудность начинается, однако, с того, что собственности „в чистом виде" современное

---

[1] Пост, „Зачатки государственных и правовых отношений". М. 1901, стр. 245—6.

[2] Ефименко, „Исследование народной жизни"; Качоровский, „Народное право", также „Русская община", т. I.

[3] Данкварт, „Гражданское право и общественная экономика". Спб. 1866, стр. 42—43.

[4] Д. Д. Гримм, „Лекции по догме римского права", § 112.

общество почти не знает. Генрих Дернбург согласен предоставить собственнику полноту власти лишь в той мере, в какой это „совместимо с законами, природою и правом.[1] Но ведь и наниматель или владелец пользуется полнотой власти в пределах, установленных законами и природой. Определение Дернбурга мало того, что совлекает с собственности ее священный ореол, еще принижает это право до уровня прочих, устанавливаемых общественными потребностями прав. Чувствуя шаткость почвы, на которую ставит его эта теория, знаменитый романист спешит оговориться, что заключения, выводимые отсюда социалистами, ничем не обоснованы. К сожалению, читатель, желающий узнать, в чем же состоят заблуждения социалистов, наталкивается на ремарку: „Здесь не место распространяться об этом".

Иностранным законодательствам в деле охраны собственности не уступало и российское. Казуистические правила IX и X томов Свода Законов получили вполне европейскую оболочку в ст. 77 Законов основных 1906 г. „Собственность неприкосновенна". Однако, сенат, сталкиваясь с потребностями оборота, вынужден был, как и Дернбург, отступить от представления о собственности в „чистом виде". Руководящее сенатское толкование ст. 420 Сво́да законов гражданских понимает собственность как право исключительного полного господства лица над имуществом, но опять-таки и в пределах закона".[2] Нельзя не задаться вопросом: для чего эта назойливая вставка? Ведь, коль скоро речь идет о „праве", само собой разумеется, что оно действует в пределах закона. Юрист не сможет удовлетворительно ответить на этот вопрос, но социолог скажет: „В оговорках Дернбурга и сената отразилась борьба эгоистического интереса индивидуального собственника буржуа с потребностями буржуазного коллектива, крайне неохотно, но все же вынужденного регулировать полновластие субъекта собственности".[3]

49. Собственность в философии права.

Вопрос перерастает, таким образом, и государственное и гражданское право, ибо публицисты преимущественно декларируют, а цивилисты, даже понукаемые нуждами собственной практики, не могут найти исхода. В конце концов, res ad triarios venit. В качестве триариев,

[1] Дернбург, указ. соч. т. I., ч. II, § 192.
[2] Решение Гражд.-Касс. Департ. 1871 г. № 1219.
[3] Эта точка зрения переходит уже в учебники гражданского права. См. напр. Colin et Capitant, „Cours élém. de droit civil", Paris, Dalloz, 1914—15 т., I, p. 7.

то-есть, последней надежды, выступают философы. Осторожный Кант не выводит нас из затруднения, ибо его определение вещного права лишь предвосхищает тяжелым языком немецкой метафизики двойственное определение Дернбурга: „В понятии вещного права заключается не только право на вещь, но и внутреннее представление (Inbegriff) всех законов, которые касаются вещественных отношений“.[1] Гегель идет значительно дальше. Человек влагает во владеемые им вещи свою волю. Благодаря этому, владение становится собственностью, которая есть средство для удовлетворения нужд, но в то же время и абсолютная цель, ибо человек существует как лицо только тогда, когда он имеет собственность.[2] Диалектический полет мысли Гегеля поистине исчерпывает природу буржуазной собственности и ее преломление в уме буржуа до последней черты. В товарном обществе вещь замещает лицо; человек, лишенный собственности, не имеет лица для буржуазного права. Пролетарий подобен рабам, о которых Гай говорил, что они nullum caput habent,—не имеют личности. Все, что писалось о собственности буржуазными писателями после Гегеля, только слабые перепевы мотива, заданного его мощным философским камертоном.

Бентам, которого желчный Маркс назвал гением буржуазной глупости, и который виноват лишь в чрезмерном лиризме, посвящает собственности самые восторженные гимны, напоминающие песни Ригведы. „Собственность и закон родятся вместе, вместе и умирают. Пока не было законов, не было и собственности. Уничтожьте законы, исчезнет и собственность“. Но Бентам далек от мысли сводить собственность к положительному закону и вообще не согласен помещать ее в эмпирическом мире: „Отношение к предмету, образующее собственность,—поясняет английский философ,—не может быть выражено никаким изображением, никакой краской,—оно не материальное, а чисто метафизическое, оно есть исключительно создание ума“.[3] Аренс и Шталь вслед за Гегелем и Бентамом полагают

---

[1] Imm. Kant's Metaphysik der Sitten, hrsgb. v. Kirchmann. Lpz. 1870, Rechtslehre, § 11, Abs. 3.

[2] Hegel, „Philosophie des Geistes“, § 489. Ср. его рассуждения о богатстве. „Phaenomenologie des Geistes“, Lassons Ausgabe, Lpz. 1911, S. 323. Русский пер. Радлова слабо передает всю выразительность подлинника.

[3] Иеремия Бентам, „Основные начала гражданского кодекса“, гл. VIII.

природу собственности в начале единичной личности, в которой веет „первобытный, божественный и вечный дух разума“. Даже позитивно настроенный Иеринг рассматривает собственность как вещественное расширение периферии личности и выводит отсюда ее идеальную (на ряду с другими правами) ценность.[1] Так, собственность утрачивает свое техническое значение средства удовлетворения потребностей и накопления благ. Взамен того она приобретает значение интимнейшей сердцевины личности, лучшего выражения ее социально-этического достоинства. Образованнейший представитель русского буржуазного либерализма, Чичерин превосходно учитывает место собственности в системе либерального мировоззрения. Его двухтомный трактат „Собственность и государство“—один из самых тяжелых снарядов, выпущенных буржуазной критикой против социализма, написан далеко не в тех эпически спокойных тонах, как другие сочинения того же автора. Провозглашая индивидуалистический характер собственности, Чичерин тут же объявляет свободу, право и даже труд индивидуальными началами. Знаменитое уподобление, которым Монтескье осуждал деспотию, московский либерал направляет против социализма. „Когда дикие хотят сорвать плод с дерева, они рубят дерево и срывают плод: таково изображение социализма и легкомысленной его служанки, социал-политики“.[2]

V. НАЧАЛА УГОЛОВНОГО ПРАВА.

50. Понятие преступления. Уголовное право не так легко поддается стилизации, как государственное и гражданское. Это объясняется тем, что оно по видимости менее окрашено классовым элементом, чем другие отрасли права. Борьба с некоторыми видами преступлений (изнасилование, поджог, разбой)—общий интерес всех классов общества. Преступники точно также вербуются из всех общественных классов. Правда, беднота и невежество платят тюрьме несравненно бо̀льшую дань, чем богатство и культура. Однако, поджигатель, изнасилователь, бандит, из какого бы класса он ни вышел, враждебен всем. Отсюда сравнительная внешняя объективность нового уголовного

---

[1] Руд. Иеринг, „Борьба за право“. Спб. 1908, стр. 36.
[2] Чичерин, „Собственность и государство“, т. I, стр. 160, 1882.

права буржуазии и относительно ранняя разработка его в социологическом духе. Тем не менее, при известном усилии мысли из уголовно-правовых учений можно выделить некоторые, сохранившие в общем свою чисто индивидуалистическую природу и свободные от влияний антропологии, психиатрии, социологии, учения о гипнозе и др. наук. Такими правильно будет считать: 1) юридическое понятие преступления; 2) учение о преступной воле и о вложении личности в преступное деяние; 3) юридическую и политическую конструкцию наказания.

Для самых передовых уголовных кодексов характерно определение преступного деяния, как запрещенного законом под страхом наказания. Германское уголовное уложение даже совсем отказывается от общего определения, а прямо переходит к частной номенклатуре: „деяние, угрожаемое смертью, смирительным домом, или заключением в крепости на срок свыше пяти лет, есть преступление“, деяния, угрожаемые менее тяжкими карами, суть собственно проступки и нарушения.[1] Другие кодексы, как французский, бельгийский, голландский, венгерский, дают определения по приведенному выше образцу. Нет существенных от него отличий и в определениях русского Уложения о наказаниях и Уголовного Уложения 1903 г. Такого рода подход к факту сразу же вырывает его из реальной общественной среды и поставляет в вымышленную юридическую сферу. Можно возразить, что юридическое определение имеет целью лишь дачу практической директивы судам. Но эта точка зрения вряд ли справедлива по отношению к общей части уголовного кодекса, назначение которой, хотя бы в форме сухих правил, выразить также и общие социально-этические принципы, руководящие законодателем. Даже в тексте особенной части законодатель не всегда воздерживается от изложения своих убеждений. Весьма показательна в этом отношении следующая статья: „Если кто-либо, з а б ы в с т р а х б о ж и й и д о л ж н о е б л а г о г о в е н и е к т а и н с т в а м и о б р я д а м в е р ы, придет или насильно ворвется в церковь и будет ругаться над священными или освященными через употребление в богослужении предметами, тот за сие преступление подвергается лишению всех прав состояния и ссылке в каторжные работы на время от двенадцати до пятнадцати лет. Е с л и б е з б о ж и е е г о д о й д е т д о т а к о й с т е п е н и, что он будет ругаться и самым дей-

[1]) Strafgesetsbuch, 15 Mai 1871, § 1.

ствием над св. таинствами или другими священными предметами, то за сие он приговаривается: к лишению всех прав состояния и ссылке в каторжную работу без срока". [1] Таким образом, далеко не всегда авторы кодексов ограничиваются простым предписанием суду. Комментарии наиболее выдающихся авторитетов уголовного права позволяют нам углубить понимание термина „преступление" до его логического дна. В данном отношении никем еще не превзойдена стройная и последовательная теория Карла Биндинга, изложенная в его знаменитой монографии о природе и нарушении норм. Если действие не запрещено, пишет Биндинг, оно не может считаться противоправным. Несущественно даже и то обстоятельство, что данное деяние с незапамятных времен (von Generationen) противоречит здравым интересам правовой жизни; только формальное запрещение, выраженное в компетентной правовой норме, может сделать деяние противозаконным. Отсюда прямой вывод: преступление выявляется законодателем, только норма порождает противоправное состояние, а уголовный закон— преступное деяние. [2] По теории Биндинга, следовательно, в Советской России до опубликования Уголовного Кодекса не могло быть преступлений, за исключением некоторых контр-революционных деяний, спекуляции и бандитизма, поименованных в отдельных статутах. Настоящая же преступность получила распространение лишь с 1 июня 1922 г., когда введен был в действие Кодекс. Вывод парадоксальный и может оспариваться указанием на смешение плоскостей юридической и фактической. Такое указание вполне основательно: но смешение плоскостей характерно для многих трудов ученых криминалистов. Франц Лист довольствуется определением, мало отличающимся от официальных. Для него преступление есть действие, с которым правопорядок в виде его юридического последствия связывает наказание. [3]

Из русских криминалистов Н. С. Таганцев, определяя вслед за Биндингом преступление, как виновное посягательство на норму, чувствует, однако, чрезмерную отвлеченность и философичность такого определения. Действительно, ближайший логический анализ устанавливает непроходимые трудности для сведения концов с концами в этом внешне-заманчивом суждении. Норма, имеющая содер-

---

[1] Уложение о наказаниях, ст. 210.
[2] Binding, „Normen und ihre Uebertretung", B. I. Lpz. 1872, § 9.
[3] Liszt, „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", Berl. 1914. § 26.

жанием должное, по своей природе с точки зрения господствующих гносеологических теорий носит идеальный, „деонтологический“ характер.[1] Преступление есть факт грубой действительности, измеряемый числом и весом, одним словом, явление чисто бытийного, материального, онтологического порядка. Каким образом заполняется пропасть между двумя столь различными мирами? Таганцев сознательно или бессознательно прибегает к помощи аристотелианской теории познания[2] и низводит норму с горных вершин идеала в долину действительности. Преступное деяние, вопреки Биндингу, становится посягательством не просто на норму права, но „на норму права в ее реальном бытии, на правоохраненный интерес жизни“.[3] Несмотря на всю относительную умеренность этой поправки, она не привилась в европейской науке. Женевский юрист Баумгартен в своем „Учении о преступлении“, вышедшем в 1913 г., категорически утверждает, что преступное деяние должно рассматриваться лишь как форма поведения, юридически обусловливающая наказание. Систематик, учит Баумгартен, совершенно не должен касаться вопроса, посягает ли преступление на жизненные основы человеческого общежития. Его дело—формально осмыслить в преступном акте внутреннюю предпосылку уголовно-правового отношения.[4]

51. Преступник. Преступная воля. Если все уголовное право есть лишь система юридических отношений, то необходимы, разумеется, субъекты и объекты. Логическая завершенность и изящество гражданского права не дают покоя криминалистам. В погоне за этими качествами догматики уголовного права создают идеальный тип преступника, живо напоминающий отвлеченные фигуры римской цивилистики. Преступник прежде всего человек. Дьяволы и прочие демоны, имеющие природу нематериальную, из компетенции уголовного права исключены, какими бы гнусными преступлениями они себя ни запятнали. Животные в настоящее время

---

[1] См., напр., Edm. Husserl, „Logische Untersuchungen“ B. I, § 14; Виндельбанд, „Прелюдии“. Спб. 1904. стр. 195 и сл.

[2] Хотя бы в том виде, как она приспособлена к современному usus'у Тренделенбургом. См. его „Логические исследования“, ч. I. М. 1868, стр. 37.

[3] С. Таганцев, „Русское Уголовное Право“, т. I. Спб. 1902, стр. 366.

[4] Arthur Baumgarten, „Der Aufbau der Verbrechenslehre“, Tübingen, 1913, S. 14. Те же тенденции в его большой статье „Neueste Richtungen der allgemeinen Philosophie“ usw. Arch. f. Rechtsphilos. B. XVI № 3. 1922.

тоже не подлежат ведению уголовного суда; последний раз, кажется, они подвергались каре в 1864 г., когда мнение государственного совета предписывало животных, оскверненных скотоложеством, убивать и зарывать в землю по правилам борьбы с эпизоотиями. Несколько труднее решается вопрос относительно юридических лиц, т.-е. людских коллективов, признаваемых правом за одно лицо. Некоторые писатели (Кирхенгеймер, Меркель, Лист в 1-ом изд. своего учебника) склонны признавать уголовную ответственность корпораций. Разумеется, дальше пожелания это не идет, но самое устремление мысли свидетельствует о глубоком отрыве юристов от действительной жизни. Преступная и хозяйствующая личность определяются одними и теми же чертами. Уголовно-правовое понятие вменения полностью совпадает с гражданско-правовым понятием дееспособности и даже покрывает его, ибо вопрос о дееспособности юридических лиц спорен. По Дернбургу дееспособен тот, с сознательной волей которого право считается.[1] Карл Гюнтер, посвятивший небольшую, но весьма дельную монографию вопросу о вменяемости, дает совершенно симметрическое определение своего предмета. Преступление, пишет он, есть воля, обнаруживающая себя в стремлении нарушить социальный закон. Судья обязан исследовать, в какой мере эта воля является свободной и самостоятельной. Решение данного вопроса определяет по Гюнтеру и способность лица быть субъектом уголовно-правового отношения.[2] Основные признаки дееспособности: зрелый возраст, душевное здоровье суть в то же время и условия вменяемости. Обстоятельства, делающие недействительной сделку,—принуждение, обман, ошибка, уничтожают или ослабляют вменение преступного деяния. На этой почве вырастает и весьма запутанное учение уголовного права о злой воле с ее тончайшими филигранными подразделениями на умысел, заранее обдуманное намерение, запальчивость, грубую и простую неосторожность и т. п. Легко показать, что воля, которой оперирует буржуазное уголовное право, ничего почти общего не имеет с подлинной человеческой волей, что свобода воли, как необходимая предпосылка вменения, это—родная сестра свободы личности, разумно и рассудительно учитывающей все последствия, вытекающие из договора.

---

[1] Дернбург, указ. соч., ч. I, § 49.

[2] Günther, „Die Zurechnung im Strafrecht", Berl.-Lpz., 3 Aufl. SS. 37—40, passim.

52. Свобода воли. Психология считает спорным самое существование воли. По мнению, например, Цигена, желание чего-либо есть цепь двигательных представлений и представлений ощущения, перемежающихся с положительными или отрицательными чувственными тонами.[1] Не встречают нужды в понятии воли и представители весьма влиятельного течения функциональной психологии, как Миллер, Бентли в Америке, Штумпф в Германии.[2] Пфендер, давший довольно тонкий анализ основных понятий психологии, избегает ближайшего рассмотрения воли: в самом конце своей книги он ограничивается глухим замечанием, что волевая деятельность есть весьма редкое явление в психической жизни.[3] О представителях рефлексологии и родственных ей объективно-психологических дисциплин говорить не приходится; их идеи, как слишком новые, еще только начинают просачиваться в криминологию. Но уже в то время, как строилась классическая теория вменения и виновности, психология давно переросла научный примитив, которым под видом преступной воли оперирует уголовное право. Нет нужды восходить до аналитических попыток Гербарта. Вильгельм Вундт в своих лекциях о душе человека и животных, относящихся к 1860-м годам, уже растворял волю в понятии апперцепции. Достаточно перелистать этюды Рибо о германской и английской психологии второй половины XIX века, чтобы убедиться в пропасти, разделяющей юристов и психологов. Нужно добавить, что научная психология, независимо от направлений, по большей части тщательно обходит вопрос о свободе воли, передавая его всецело ведению метафизики. В этой последней области индетерминистические теории были ничем не хуже других, представляя особый весьма почтенный вид гимнастики ума на турникете абсолютов и отвлеченностей. Совершенно иное положение создавали они в сфере уголовного права, имеющего в виду весьма практические, жизненные цели и оперирующего над живыми людьми с помощью тюрем, кандалов и эшафотов.

Во втором томе цитированной уже мною книги Биндинг с отличающей его способностью доводить мысли до их логического конца проводит строжайшее различие между

---

[1] Th. Ziegen, „Leitfaden der physiologischen Psychologie", Vorlesung 15.

[2] Новые идеи в философии сб. № 4. Спб. 1913, ст. Штумпфа „Явления и психические функции", стр. 53, 84 и др.

[3] А. Пфендер. „Введение в психологию". Спб. 1909, стр. 367.

желанием, имеющим для криминалиста относительно второстепенный интерес, и волей, как основным понятием (понемецки это звучит сильнее—Grundbegriff, „фундаментальное понятие“) уголовного права. Мотивы данного деяния, поясняет германский ученый, почерпают свою мотивирующую силу, главным образом, из природы индивидуального „я“... Только свободное в этом смысле решение и свободное действие являются подлинным актом деятеля. Отсюда и только отсюда проистекает уголовно-правовая причинность в сочетании с ответственностью.[1] Н. С. Таганцев, подробно рассмотревший в своем курсе теории свободной и несвободной воли, счел за благо отказаться от тех и от других: первые, по его мнению, основаны на противоречащем науке допущении и логически влекут за собой конструкцию всей карательной деятельности, как возмездия; вторые механизируют человеческое действие, отождествляя его с проявлением физических и физиологических сил. Русский ученый находит выход в „позитивной формуле“, основанной на понятии уголовной виновности и ее элементах.[2] Прослеживая мысль Таганцева дальше, мы узнаем, что понятия виновности и преступной воли идентичны,[3] и таким образом благополучно возвращаемся к Биндингу. Любопытно, что в таком же круге вращаются и новые юристы, еще более приверженные к детерминизму. Все, что существует, заявляет Альберт Зендерс,—продукт необходимости; иной результат мог бы быть вызван лишь иным сочетанием причин.[4] Однако, поясняет несколькими страницами ниже тот же автор,—причинность бывает разная. Одно дело причинность, господствующая в неорганическом мире, и другое — причинность в органической природе, особенно же у человека.[5] В противоположность животным, человек обладает способностью взвешивать свои поступки (ist der Ueberlegung fähig), т.-е. он может продемонстрировать перед своим духовным взором целую вереницу мотивов побудительных и сдерживающих. Правда, это только особенная тончайшая форма причинности, но железная цепь звеньев, связанных одно с другим, прерывается участием таинственного, замкнутого в своей сложности человеческого организма. Начиная отсюда, причинность перерождается

---

1 Binding, Lib. cit. B. II 1877, §§ 32, 38.
2 Таганцев, указ. соч., ч. I, стр. 409.
3 Там же, стр. 562.
4 A. Soenders, „Strafrechtliche Grundbegriffe“, Düsseldorf, 1909, S. 164.
5 Там же, стр. 168.

в причинение, а из последнего, как из куколки, вылетает мотылек уголовной вины. Итак, будем ли мы вместе с Таганцевым основывать понятие вины на позитивной формуле закона, или вместе с Зендерсом выводить виновность из особенной неуловимо тонкой причинности, конечный результат не изменится. Преступление есть акт преступной воли. Юридические последствия этого акта для преступника определяются тем, насколько его личность,—не преходящее желание, порыв или каприз, как бы независимые от личности,—а именно личность, ее психический скелет, волевой стержень, вложились в деяние. Уголовное право для определения меры наказания требует точного измерения участия преступника в действии. Теория, созданная для этой цели, не без основания может быть названа психометрической.

53. Волевой акт. Реальный человек, совершающий преступное деяние, делает это так же, как всякое другое дело. Замыслив, например, открыть коммерческое предприятие или поступить на службу, человек весьма редко поглощается этим проектом настолько, чтобы он занимал все поле его сознания. Обдумывание плана, довольно редкое у большинства людей, если и происходит, то на зыблющемся фоне настроений, который то отступает назад, то, напротив, заливает все поле сознания. Осуществление плана слагается из длинной вереницы отдельных моментов, каждый из которых, если уже проводить грубую разницу, детерминируется извне и изнутри, при чем в последнем случае подсознательная сфера психики играет гораздо более важную роль, нежели сознание; человек совершает целый ряд шагов, предпринимает множество действий по соображениям для него смутным. Еще большее количество актов, которые в интересах преследуемой цели следовало бы совершить, не совершается по тем же основаниям, а то и без всяких оснований, по силе импульсов могущественных, но не сознаваемых: состояние пищеварительных органов, напряжение нервного тонуса, мускульная усталость, прилив крови к голове, не говоря уже о мощных, почти не исследованных влияниях со стороны половой системы — таковы факторы, в действительности определяющие огромное большинство наших действий. Людей, упорно стремящихся к ясно осознанной цели, очень мало; не больше и людей, которые ясно представляют себе, чего они хотят. Такие люди, преодолевающие путанную сеть случайностей, редки даже среди так называемых élites, избранников в чело-

вечестве: к их числу нельзя, повидимому, отнести ни мирного геттингдонского сквайра, ставшего потом Оливером Кромвелем, ни Мартина Лютера, незаметно для себя и чуть ли не помимо своей воли порвавшего с католицизмом. „Необходимость,—пишет Энгельс—составляется из чистейших случайностей, а эти мнимые случайности представляют собой форму, за которой скрывается необходимость, — и т. д.“.[1] В общем и целом, даже люди, положившие перед собою цель и определенно к ней стремящиеся, очень редко могут учесть последствия каждого своего действия и ошибками в собственных расчетах поневоле толкаются на путь, по которому никогда не думали итти. Но есть категория людей, вырванных из петель путаницы и многообразия обстоятельств. Эта категория людей, по учению уголовного права,— преступники. Оставляя в стороне немногочисленный разряд преступников неосторожных, перейдем к преступникам сознательным, виновность коих почитается умышленной.

54. Умысел. По многим кодексам и учебникам уголовного права умышленным почитается то преступное деяние, автор которого не только желал его учинения, но и сознательно допускал наступление последствия, обусловливающего преступность.[2] Для понятия умысла, пишет Таганцев, необходима даже специализация способа и средств действия; нельзя говорить об умысле убить вообще, а лишь об умысле отравить, задушить арканом, застрелить из пистолета. Умысел, в понимании Листа, тесно связан с выявлением преступной воли, знанием обстоятельств дела, создающих законный состав преступления.[3] Баумгартен требует для наличия умысла присутствия в сознании отчетливых представлений о действии.[4] Проанализировав и взвесив ряд определений официальных и научных, Таганцев дает синтетическую и весьма выразительную формулу умысла, как *сознательно волимой решимости* на учинение известного деяния и соответственное сему направление деятельности.[5] Прокурору предстоит, таким образом, доказать: 1) что преступник мотивировался к действию вытекающими из его природы побуждениями, — отсутствие этого момента, т.-е. необычайность данных действий для данного

---

[1] Энгельс, „Людвиг Фейербах“—пер. под редакцией Плеханова. М. 1918, стр. 59.

[2] Таганцев, ук. соч., т. I, 578.

[3] Liszt, Lehrbuch, § 39.

[4] Baumgarten, l. cit. S 129 ff.

[5] Таганцев, ib., 594.

лица, создает презумпцию раздвоения личности или иного душевного заболевания; 2) что преступник вполне сознательно добивался определенной цели; 3) что при этом он отчетливо представлял себе, каким способом нужно этой цели добиваться, и 4) что в течение всего времени, необходимого для реализации задуманного дела, он действовал сознательно, — бессознательное учинение какого-либо посредствующего акта, например, машинальное взятие со стола ножа, послужившего орудием убийства, опорачивает все предположение умысла, не терпящее перерывов подобно тому, как природа не терпит пустоты.

Несмотря на всю трудность описанной выше задачи, прокуратура, как известно, с нею справляется. Это не значит, что в лице преступников мы имеем людей с наиболее отчетливым сознанием и твердой волей. Разгадка—в обаянии, которое имеет над нашими умами фикция изолированного от среды, сознательно волящего человека, фикция, являющаяся продуктом не правопонимания только, а буржуазного мировоззрения вообще и судя по ее распространенности, почерпающая силу в глубочайших и основных чертах товарного общества. Уверенность юристов в том, что движения человеческой души поддаются точнейшему законодательному учету, подчеркивается еще дроблением умысла на виды, при чем в толкованиях легальных и доктринальных это дробление проводится с изысканной тонкостью. Венгерское уложение (по изд. 1879 г.) различает заранее обдуманное намерение, умысел без предварительной обдуманности и состояние сильного возбуждения, не исключающее, однако, умышленности деяния. [1] Германское право на-ряду с обдуманным (mit Ueberlegung) и необдуманным умыслом указывает еще и гневное раздражение, вызванное поведением потерпевшего. [2] Французский кодекс придает колоссальное значение предумышленности (préméditation), отличая ее от простого умысла; при этом предумышленное убийство получает особое наименование (assasinat) и карается, как правило, смертной казнью. [3] Некоторые кодексы стремятся установить степень возбуждения или аффекта через определение промежутка времени, протекшего между умыслом и совершением преступления. Таганцев в своем курсе чертит целую схему разных видов умысла, при чем

---

[1] Венгерское Уложение, ст. 278—281.
[2] Strafgesetzbuch, §§ 211—13.
[3] Code pénale, §§ 295—304.

пропускает сочетание признаков аффективности и обдуманности, очевидно признавая его невозможным. Между тем, вопрос о влиянии аффектов на мышление и о возможности длительного умственного усилия, окрашиваемого или направляемого сильным эмоциональным переживанием, решается далеко не так просто. Циген усматривает это влияние в ускорении ассоциации идей, но отнюдь не в ее параличе.[1] Так называемая физиологическая теория эмоций открывает новые перспективы и в области понимания аффектов преступности. Вице-директор психофизиологической станции итальянского воздухофлота Камис устанавливает близость нервных центров мышления и аффекта на основе наблюдений над большим количеством индивидов.[2] Работы Сальпетриерской клиники по вопросу о природе внимания, с одной стороны, и гипнотических явлений, с другой, вносят новые моменты в понятие умысла, являющегося лишь частным случаем концентрации внимания.[3] На фоне этих работ глубокомысленные рассуждения криминалистов о прямом и эвентуальном умысле производят несколько комическое впечатление. Само собою разумеется, что так называемая третья или социологическая школа в лице цитированного мною уже Листа, а также Принса и др., не совершает радикального перелома в науке уголовного права. Относительно Листа это не требует особых доказательств. Но и наделенный весьма сильным социологическим чутьем Принс толкует о мерах предупредительной гигиены, субъектом которой может быть „индивид, взятый в отдельности“.[4] Очевидно, что, пока право будет оперировать с таким индивидом, понятия вроде „умысла“, „преступной воли“, „эвентуальности“ и т. п. должны сохранять все права гражданства; конструировать преступление без них в духе буржуазной юриспруденции невозможно.

55. Наказание. Наказание мыслится буржуазными учеными, прежде всего, как юридическое последствие преступления. Именно юридическое, а не какое-нибудь иное. В стройных формулах кодексов и их комментаторов преступление и наказание являются соотносительными, коррелятивными понятиями, двумя моментами диалектически

[1] Ziegen, Leitfaden. Vorlesung 9,

[2] A. Camis. „Il mecanismo delle emozioni“, Torino 1920. См. отчет M. Carrara об этой книге в болонском журнале Scientia, 1922, № 2.

[3] См. Pierre Janet, „Les méditations psychologiques“, t. I, Paris, Alcan, 1919.

[4] А. Принс, „Преступность и общество“, М. 1896, стр. 24.

развивающегося правоотношения, субъекты которого—преступник и государство. Можно сказать, что до Гегеля в этой области не было дано ничего особенно выдающегося. Гегель вместил наказание в свою триаду: право, преступление как нарушение права, и наказание, как восстановление нарушенного права. Эта элегантная формула, по свидетельству историка германского уголовного права Бара, явилась для науки значительным прогрессом. [1] Действительно, в философии Гегеля теория наказания занимает свое определенное место и вполне может быть понята по связи с общей системой. Вряд ли можно, однако, думать, что со времени Гегеля уголовная догматика сильно шагнула вперед.

Из обзора, представленного в обстоятельной монографии проф. Жижиленко [2], читатель может убедиться, что со времени Гегеля определения не изменились в тяжеловесности; выиграли ли они в смысле содержания, остается под вопросом. [3] Попав в среду деонтологических суждений, где действительность заменена мерным движением понятий и силлогизмов, мысль криминалистов, как и прежде, вращается по ничем невозмущаемым округлым и эллиптическим орбитам догматики. Тон еще удовлетворяется тем, что правовым последствием неправды может быть названо только „установленное правопорядком последствие неправды". Но уже для Меркеля наказание формально определяется как совокупность последствий, соединенных посредством закона с противоправным деянием, а материально как совокупность всего того, посредством чего явления, в которых неправда имеет свое бытие, должны быть уничтожены, согласно требованиям общей воли. Если отнестись серьезно к формуле Меркеля, то бросится в глаза, что под его определение наказания в материальном смысле могут подойти и меры социального предупреждения. А. А. Жижиленко указывает другие недостатки определения Меркеля, на которых я останавливаться не буду. Любопытно, однако, сопоставить его с могучим поворотом мысли Гегеля: преступник, подвергаясь возмездию, приемлет лишь то, чего желает его собственная, индивидуально-всеобщая воля, и

---

[1] L. v. Bar, „Geschichte des Deutschen Strafrechts", Berlin, 1882, § 97.

[2] А. А. Жижиленко, „Наказание", ПГ. 1914, стр. 62 и сл.

[3] Любопытно, что Радбрух, которого трудно упрекнуть в приверженности к старине, считает лучшим введением в науку уголовного права „Revision der Grundsätze" Фейербаха, вышедшую в 1799 г.

вступает вновь в единство с нею.[1] И дальше: необходимо погасить существование преступления, устранить, уничтожить состоявшееся зло и т. д.[2]. Легко видеть, что конструкция Меркеля по существу не что иное, как разжиженная и расслабленная мысль Гегеля. Можно, следовательно, соглашаться с Баром, поскольку он видит крупный шаг вперед в учении Гегеля; тем печальнее будет сознание, что со времени Гегеля догматическая теория наказания очень слабо двинулась вперед. Рассуждения Меркеля скорее наводят на мысль об обратном движении.

Гораздо тверже и прозрачнее учение Биндинга, весьма родственное некоторым мыслям Рудольфа Иеринга.[3] Сила есть основной признак права, и право перестает быть таковым, если утрачивает силу. Преступник своими действиями подрывает авторитет права и колеблет его мощь; право восстанавливает ее, демонстрируя свою силу на преступнике посредством наказания. Такой образ действий отвечает основной идее права и, следовательно, правомерен.[4] Поставление рядом силы и права, более того, создание из них сильно действующего сплава правовой мощи, имеет то хорошее свойство, что разрешает многие вопросы. Недостаток этой комбинации лежит в другой сфере: она выходит из нормативного ряда и, будучи обильно пропитана социологическими элементами, заставляет оставить почву юридических конструкций. Но только такая почва благодатна для расцвета буржуазно идеологических принципов. Отсюда стечение непоследовательностей и разного рода логических погрешностей, освободить от которых юридическую мысль пытался И. Ильин в своем небольшом, но превосходном рассуждении „Понятия права и силы“. Слабое влияние этого сочинения даже на близких к мировоззрению автора писателей объясняется, конечно, тем, что социальные науки представляют по сравнению с другими меньше образцов логически протекающего мышления. Непрестанное веяние жизни слишком волнует мысль юристов и отклоняет ее от прямой линии вкривь и вкось. Но форма остается более или менее общей.

---

[1] Изложение И. А. Ильина, „Философия Гегеля“, т. II, М. 1918, стр. 100.
[2] Там же, 101.
[3] R. Ihering, „Geist des Römischen Rechts“, B. I, 3 Aufl., §§ 4 und 10 Также „Zweck im Rechte“. B. I, 3 Aufl. § 247, passim.
[4] С. П. Мокринский, „Наказание, его цели и предположения“, ч. I, М. 1902, стр. 12.

56. Уголовное правоотношение. Субъект.

Когда читаешь о правоотношении, возникающем между преступной личностью и государством, о праве или даже субъективном праве государства на наказание, перед глазами проносятся пластические по своей законченности схемы гражданского права древнего Рима. А когда речь заходит об обязанности государства наказывать, вспоминаешь древнее деление обязательств на возникающие ex contractu, ex delictu, quasi ex contractu и quasi ex delictu. Обязанность, конечно, еще не обязательство, но уголовное правоотношение заимствует у гражданского не одну только внешность. Существенные приемы и принципы цивилистики усваиваются уголовным правом вместе с предпосылкой, сознательно или бессознательно полагаемой теоретиками той и другой науки в основу своих построений: это уже знакомая нам предпосылка—отвлеченная личность, средний человек Кетле, изъятый в противность методу великого статистика, из социальной среды и помещенный в безвоздушную атмосферу абстракций.

Проанализируем ближе состав карательного правоотношения. Его можно конструировать на разные лады: субъект права—государство, субъект обязанности—преступник, содержание отношения—кара, налагаемая государством на преступника, объект—преступление. К этой схеме примыкали представители гегелианского крыла классической школы Гельшнер, Кестлин и др. Другая схема, в которой усматривается значительный прогресс, расположена несколько иначе: субъект—опять-таки государство, содержание—то же, что и в предыдущей схеме, но объектом является не преступление, а преступник. Таганцев возводит начало этой теории к Ансельму Фейербаху. В числе новых ее представителей рядом с Биндингом он указывает Листа и Гарофало, а рядом со школой Краузе-Аренса—Ломброзо и Ферри. Такое объединение основано преимущественно на внешних признаках и теоретически имеет довольно слабую ценность. Но все-таки лучше остановиться на второй схеме, как имеющей за себя привилегию большей современности и авторитетности. Подавляющее большинство юристов согласны в том, что только государство может быть субъектом карательной деятельности. Основания в пользу этого взгляда формулирует В. Д. Спасович: 1) только государственная власть обладает достаточной силой для охраны правовых благ; 2) last not least,— правительство по своему безучастию в круговороте борющихся частных интересов наиболее спо-

собно к посредничеству между обществом и преступником и к произнесению беспристрастного приговора. Легко видеть, что первая часть этого утверждения страдает чисто фактической неверностью. Многочисленные корпорации и в старое и в новое время рядом с государством и независимо от него пользовались достаточной силой для охраны „правовых благ". Церковь только самый крупный, самый выдающийся пример. А братство св. Гардуны в Испании XV—XVI в.в., масонские ложи, американские акционерные компании и союзы предпринимателей с их отрядами наемных сыщиков и констэблей, политические партии военной и полувоенной складки, как фашисты, польская социалистическая партия (ППС) и др., не говоря уже о менее заметных явлениях, все эти организации прямо конкурируют с государством не только по степени влиятельности, но и по фактической возможности защищать путем принуждения блага правового (и внеправового) порядка. Таким образом, монополия государства на силу отпадает. Остается еще монополия беспристрастия и незаинтересованности. Но этот лик государства нам уже хорошо известен. Выше в изложении принципов буржуазного учения о государстве была обрисована безличная власть, охраняющая одинаково близкие и дорогие для всех блага правопорядка, — бесклассовое, внесословное и внепартийное правительство. Оно-то незаметно перекочевало от публицистов к криминалистам. Незаметно потому, что эта фигура implicite пребывает во всех буржуазных юридических теориях.

57. Объект наказания. Здесь уместно будет прибавить лишь одну заканчивающую рисунок черточку. Преступная личность карается не как личность со всеми своими действительными качествами, достоинствами и недостатками. Она берется лишь в том объеме, в каком вложилась в преступление, ибо основанием, определяющим самое осуществление карательного права, а в дальнейшем его форму и объем, является все-таки преступное деяние, объем и значение вреда, причиняемого им правопорядку. Здесь на-лицо дальнейшее дробление личности; первоначально она отрывалась от общества и приобретала гладкий, начисто обтесанный вид; теперь из личности вышелушивается ее настоящий преступный субстрат, который и предстает на суде в виде объекта карательной деятельности государства. Имеется подходящее выражение для обозначения этого объекта: не „преступление" и не „преступник", а „личное состояние преступности" (Фойницкий). Так с большой и

притом болезненной затратой энергии совершается умственный процесс, охарактеризованный еще Энгельсом: „Сначала из предмета делается понятие предмета, затем копье переворачивают и меряют предмет по его отражению, понятию“.[1]

58. Мера наказания. В данном случае предмет измеряется для определенной цели. Преступник подлежит наказанию, которое должно быть отпущено ему в строго определенной законом порции; не больше и не меньше. Ибо именно таково содержание правоотношения—карательная деятельность. Наказание не предоставлено произволу субъекта этой деятельности, оно нормировано правом и свидетельствует еще раз о том, что перед нами имеет место юридическое отношение, а не что-либо иное. Остается установить, какими критериями руководствуются право и доктрина при определении формы и меры наказания. И здесь оказывается, что объективное мерило, выражающееся в нанесенном преступником вреде, играет весьма видную роль. Примеры этого рода слишком многочисленны и разнохарактерны, чтобы можно было свести их в краткий перечень. Достаточно отметить, что законченное преступление карается по общему правилу тяжелее, нежели покушение; что повреждение важных правовых благ (например, государственная безопасность) вызывает более строгую реакцию закона, нежели посягательство на второстепенные права казны (акцизные нарушения); что, наконец, совсем недавно царское законодательство существенно различало кражу на сумму ниже трехсот рублей от кражи на более высокую сумму. Этот объективный критерий перешел по прямой линии из римского права; его предком нужно считать, повидимому, понятие damnum infectum—причиненного вреда или убытков, суммою коих руководствовался претор, определяя вознаграждение потерпевшему.[2] Главная общая черта вреда и преступления—их измеримость. Из этого свойства вытекает для законодателя возможность соразмерять наказание с преступлением на подобие того, как соразмеряется присужденная в гражданском деле сумма с основательными требованиями истца.

Бентам, в качестве творца моральной арифметики, превосходно учел этот момент при построении своих „Основных начал уголовного кодекса“. Он устанавливает пять пра-

---

[1] Энгельс, „Анти-Дюринг“. Отдел II, гл. 10.
[2] 5 § 2 Dig. de damno inf. 39, 2.

вил соразмерности: 1) зло наказания должно превосходить зло преступления, иначе преступление может оказаться выгодным; 2) объем наказания должен находиться в обратно пропорциональном отношении к его несомненности; другими словами, надежда преступника ускользнуть от кары должна парализоваться представлением о тяжелой каре, ожидающей его, если он все-таки попадется; 3) при возможном стечении двух преступлений (например, грабежа и убийства) следует тяжелее карать более вредное,—тогда преступник предпочитает ограничиваться меньшим деянием; 4) вообще, чем больше преступление, тем больше должна быть кара, ибо наложенное наказание есть известная издержка при покупке неизвестной выгоды; 5) наказание следует соразмерять с чувствительностью преступника. Предложенные Бентамом правила в общем соблюдаются всеми буржуазными уголовными кодексами. Для иллюстрации усердия, с которым применяется первое правило, приведу ст. 382 французского уголовного кодекса (по закону 13 мая 1863 г.): „Будет наказан срочными каторжными работами всякий виновный в краже, совершенной с помощью насилия. Если насилие, с помощью которого была совершена кража, оставило следы ран или контузий, то одного этого обстоятельства будет достаточно для присуждения к вечным каторжным работам". Здесь в девяноста девяти случаях из ста зло от наказания значительно превысит зло от преступления.

59. Душевное состояние преступника.

Бентам в значительной степени стоит еще на почве объективной вредности преступления. Уголовное право XIX века больше значения придает другому моменту—субъективному. С ростом цивилизации, пишет приветствующий эту перемену Еллинек, развивается способность воспринимать субъективные различия неправды у преступника. Эта способность, выражающаяся возникновением и усовершенствованием понятия вины, составляет один из великих результатов исторического процесса.[1] Выше показано было различение степеней субъективной вины в некоторых западно-европейских кодексах. Здесь достаточно указания на общее правило, по которому все кодексы назначают тем более тяжкие кары, чем „сознательнее" или „обдуманнее" учинено преступление. Английское право, как и французское, хотя независимо от него, создает даже особые назва-

[1] Еллинек, „Социально-этическое значение права, неправды наказания", М. 1910, стр. 125—127.

ния (murder) для преступлений, совершенных в состоянии malice, т.-е. предумышления или злостности. Я уже останавливался на психологических трудностях, возникающих из попыток юристов построить свою собственную теорию душевных движений. Иностранцу нелегко дать себе ясный отчет в значении malice в английском праве. Впрочем, и английские писатели нередко нападают на туманность этих выражений. Как полагает практический Джемс Стифен, в действительности, вся трудность заключается не в употреблении самих терминов, но в теориях, посредством которых стараются объяснить их. [1] Замечание бьет прямо в точку. Английские суды, не располагающие таким изобилием теорий, как немецкие, не хуже последних ориентируются в разных оттенках умысла и обдуманности и очень тщательно соразмеряют с ними наложение наказания.

Весьма богатый материал по вопросу о соразмерности наказаний дается дореволюционным русским законодательством, главным же образом Уложением о наказаниях уголовных и исправительных. Согласно Уложению (ст. 104) мера установленного законом за преступление или проступок наказания определяется прежде всего по мере большей или меньшей умышленности преступления. Особо оговаривается случай, когда виновный намеренно привел себя в опьянение с целью поднятия духа на учинение преступного деяния. Целым рядом решений уголовно-кассационного департамента сената устанавливается, вопреки всяким правилам логики, что опьянение само по себе, хотя бы и приведшее в состояние беспамятства, не только не может быть основанием невменяемости, но и не может служить причиной для смягчения наказания. [2] Нужно вспомнить что статья 92 признает беспамятство обстоятельством, исключающим вменение, а два разъяснения сената в согласии с ней относят к числу уничтожающих вменяемость причин „болезненное состояние, происходящее от пьянства и доведшее подсудимого до совершенного беспамятства“. [3] Как объяснить такое противоречие? Приходится склониться к мысли, что над логикой и психологией господствовала история и уважение к „органическим традициям“. Артикул 43 Петровского воин-

---

[1] Д. Стифен, „Уголовное право Англии“. Спб., 1865, стр. 107 (пер. Спасовича).

[2] В комментированном Н. С. Таганцевым 12-м издании „Улож. о наказаниях“. (Спб., 1904) перечислено 11 таких решений, стр. 104.

[3] Решения 1868—86 и 1871—65 по делам Виноградова и Федоровского.

ского устава гласил: „когда кто пьян напьется и в пьянстве своем что злого учинит, тогда тот не токмо чтобы в том извинение получил, но по вине вящшей жестокостью наказан имеет быть“.

Ст. 106 Уложения о наказаниях и приведенные к ней комментарии лишь один из самых красноречивых примеров морально-психологической арифметики, применяемой криминалистами. Другие примеры не столь красноречивы и значительно более запутаны, но в общем и целом соразмерение наказаний производится уголовным правом по этому образцу. Ст. 110 предписывает увеличивать строгость наказания за преступление не намеренное, когда преступник по званию своему или по обстоятельствам был обязан действовать с особенною осмотрительностью; строгость уменьшается, когда деяние по существу было не противозаконным, а вредные последствия не могли быть легко предвидены, или же когда виновный увлекался излишней в исполнении возложенных на него обязанностей ревностью. Казуистический характер этой статьи и другие ее недостатки вызвали неодобрение видных русских криминалистов. [1] Мало меняет дело перенос казуистики из текста закона в текст решений руководящих судебных органов. Но ведь при определении меры наказания суд не может удовольствоваться даже этими подробными указаниями, хотя бы они восполнялись директивами особенной части. Кроме степени умышленности, закон (ст. 104) предписывает принимать во внимание меру большей или меньшей близости к совершению деяния, меру участия в нем подсудимого и особенные, сопровождавшие учинение деяния, обстоятельства. Только тогда может быть спокойна судейская совесть, когда по учете всех этих величин, преступнику будет определено вполне соответствующее наказание. Для данной цели наиболее подходящими следует признать наказания делимые, т.-е. такие, чувствительность которых может быть измерена в единицах. За выходом из употребления телесных наказаний (исчисляемых по количеству ударов—прогрессивное явление, ибо старые кодексы допускали такие рецепты, как „бить кнутом нещадно“ [2] и т. п.), остаются, восхваляемые почти всеми авторами, штраф и лише-

---

[1] Материалы для пересмотра нашего уголовного законодательства, т. 4, СПБ. 1881, стр. 88.

[2] Впрочем, аракчеевская порция шпицрутенов „сквозь тысячу двенадцать раз без медика“ не лучше... См. Жбанков и Яковенко „Телесные наказания в России“. М. 1899, стр. 12.

ние свободы. Кажется несомненным, что уплатить 1000 рублей в десятеро тяжелее, чем уплатить 100; в равной мере вынести десять лет тюрьмы вдвое тяжелее, чем пять. Благодаря сказанному, упрощается задача законодателя. Преступник до некоторой степени сам диктует ему содержание нормы. Всякое наказание, учит Эткер, проявляется в умалении или лишении тех благ, виновное нарушение которых есть само преступление,—жизнь, свобода, честь, имущество; в этом некоторым образом имеется отражение преступления в наказании. [1] Еще легче судье. Законодатель не только проложил для него путь, определив формы наказания, но и руководит им на этом пути, отмеривая порции лишения благ, не ниже и не выше которых может получить преступник. Двигаясь в отмежеванных пределах, судья имеет добавочное руководство в императивах общей части, определяющих, когда надлежит подыматься, а когда опускаться на отрезе шкалы наказаний, выхваченном особенной частью. В результате наказание с точностью арифмометра исчисляется до мельчайших подробностей, и карательная машина начинает действовать на основаниях, столь же математически выверенных, [2] сколь выверены принципы действия крупных фабричнозаводских механизмов или дистанционной трубки, взрывающей артиллерийский снаряд именно на том расстоянии, на котором это требуется. Так, из представления об отвлеченном преступлении, юридически измеряемом в калориях злой воли или социального вреда, вытекает и понятие о соразмерном с ним наказании, которое отвешивается в количестве унций, необходимом для понижения социально-патологического жара.

60. Цели карательной деятельности. Возмездие.

Последняя, оставшаяся еще нерассмотренной, часть юридического отношения между преступником и государством,—карательная деятельность в ее целях. Мы видели, что мера наказания, несмотря на уверения юристов в противном, на $^9/_{10}$ определяется свойствами не преступника, а преступления в том виде, как оно понимается пропитанной рационализмом юриспруденцией. Из дальнейшего станет очевидным, что важнейшие теории

---

[1] Жижиленко. Указ. соч., стр. 46.

[2] Это не метафора. Интересующимся можно рекомендовать книгу инженера Оранжиреева „Преступление и наказание в математической зависимости“ (М. 1916), где построены алгебраические формулы уголовного права с применением коэффициентов, эквивалентов, уравнений и проч.

по вопросу о целях наказания исходят из той же юридической фикции, из представления об отвлеченном преступнике, стоящем вне социальной среды и живущем в умственно-лабораторных условиях юридического воображения. Из бесчисленного множества теорий остановимся на трех наиболее распространенных. Среди них самая старая— теория возмездия, которая, по мнению С. В. Позднышева, не находит себе места в сознании наиболее культурных народов. [1] Иного взгляда держится Лист, насчитывающий в современной немецкой литературе свыше 20 авторов, примыкающих к теории возмездия. Очевидно, истина на стороне последнего, ибо вопреки прямому указанию г. Позднышева, даже старый кантовский взгляд на возмездие нашел сторонников в лице Биркмейера, Захенфельда, Каля и др. [2] Г. Жижиленко намечает пять существующих пониманий возмездия. Я удовольствуюсь самым элементарным из них: преступник совершил злое дело, справедливость требует, чтобы виновный понес надлежащее возмездие путем причинения ему страданий, а потерпевшие были удовлетворены за страдания, понесенные ими невинно. Вторая часть этой формулы требует пополнения словами: и против воли. Действительно, volenti non fit injuria. Если бы кто-нибудь, основываясь хотя бы на религиозном учении об искуплении греха страданием, пожелал страдать добровольно, ему по совести никакого удовлетворения за понесенные страдания не полагается. Но отсюда следует и важное для первой части формулы заключение от противного: преступник может получить возмездие лишь в том случае, если он действовал добровольно, иначе говоря, если воля его была свободна. Теория возмездия предполагает, таким образом, свободу воли преступника, т.-е. больше, нежели остальные учения вырывает его из круга необходимости вообще, из социальной среды в частности.

61. Устрашение. Следующая—теория устрашения исходит из мысли о возможности создать добавочный мотив страха, влияющий на волю субъекта и воздерживающий его от учинения преступного деяния. Это учение более близко к детерминизму, но страдает упрощенным представлением о психике преступного лица или подставляет вместо нее психику лиц, вообще

[1] Позднышев, „Основные вопросы учения о наказании“, стр. 121

[2] Новейшим представителем этих учений является кенигсбергский профессор Sauer. См. его книгу „Grundlagen des Strafrechts“, 1921, и отзыв о ней Metzger'a в Arch f. Rechtsphil. B. XVI, H. 3.

говоря, неспособных пойти на преступление. Морис Флери незаметно для себя дает этому отличное доказательство в построенной им схеме динамики преступного замысла. Первым моментом кладется соблазн к учинению преступления, подстрекаемый, с одной стороны, представлениями грядущей выгоды, с другой—возможностью использовать удобный случай. Отсюда берет свое начало преступный рефлекс. Во втором моменте вступает в действие память, рисующая невыгоды преступлений, напоминающая о том, что большинство преступников попадается в руки правосудия, что в результате преходящего наслаждения субъект рискует плодами целой трудовой жизни, утратой честной репутации и т. п. В результате наступает третий заключительный акт волевого движения: оно не переходит в действие, субъект воздерживается от исполнения замысла. [1] Перед нами типичный средний человек, мирный буржуа, рассчитывающий возможные результаты покупки товара или иной коммерческой сделки, сопряженной с некоторым риском. Цена невысока, рассуждает он, прибыль от операции дает возможность купить еще несколько облигаций государственной ренты, доход от которой обеспечит наем на лето дачи в хорошей местности с прудом и рыбной ловлей. Но товар не является предметом постоянного спроса, а только излюбленным предметом спекуляции; рыночная конъюнктура неблагоприятна, многие, польстившиеся на эту легкую наживу, потерпели печальный крах. Итак, решает наш буржуа, лучше воздержаться от соблазна и продолжать не столь прибыльные, но гораздо более верные операции с постоянными товарами, к которым привык потребитель, и которые представляют легализованную рынком ценность. Общее между преступником и лавочником заключается, как очевидно для читателя, в том, что оба рассуждают по правилам моральной арифметики Бентама; разница в том, что лавочник—настоящий, а преступник—воображаемый.

62. Исправление. Самой модной и распространенной можно считать теорию исправления. Обыкновенно криминалисты говорят не о цели, а о целях наказания; при этом исправление, как цель, фигурирует почти у всех. Каждый передовой юрист, отвергающий возмездие и устрашение, как принципы уголовной кары, тем не менее обязательно, в видах „защиты гуман-

[1]) Maurice de Fleury, „L'âme de criminel“, Paris, 1898, p. 45.

ности" будет отстаивать наказание, как способ исправления. Против общего единодушия не могло устоять и законодательство. Не говоря уже об американских реформаториях, являющихся фабриками нравственности, даже русские уголовные законы царского времени, отразившие вместе с жестокостью полицейского управления елейный дух казенного православия, не забывали упомянуть об исправлении при всяком удобном случае. Самый кодекс именовался Уложением о наказаниях уголовных и исправительных, а едва ли не наиболее частой мерой являлось заключение в исправительные арестантские отделения. Последнее звучало, однако, слишком неестественно для чувствительного слуха XX века. Уголовное Уложение 1903 г. предпочло более солидный термин „исправительный дом". Трудности организации нового типа учреждений послужили, как известно, одной из причин задержки введения Уголовного Уложения полностью в действие, чем еще раз были подчеркнуты исправительные стремления законодателя.

Европа, как обыкновенно, далеко опередила нас в этом деле. Гамбургский съезд международного союза криминалистов в 1905 г. имел случай подвести итоги исправительной деятельности уголовного права. Сенатор Лаппенберг, произнесший вводную к работам съезда речь, констатировал, что законодательство сильно отстало от опередившей его преступности. Поразительно увеличилось по данным уголовной статистики число рецидивистов и малолетних преступников. Отвечавший Лаппенбергу Принс, один из наиболее замечательных представителей социологической школы, начал с того, что человеческое „Я" представляет непроницаемую тайну. В дальнейшем он критиковал однообразие закона и сентиментальность при наложении кары. Преступников Принс разделил на три категории: антисоциальных, подлежащих надзору, дефективных, нуждающихся в лечении и несчастных (самая многочисленная, повидимому, категория)—требующих поддержки, защиты и воспитания. По вопросу о малолетних преступниках увеличение числа которых представляло особенно угрожающий симптом, и которые, очевидно, наиболее способны стать объектом воспитания, бельгийский криминалист призвал представителей разных школ к объединению: здесь, по его словам, не должно быть ни юристов, ни социологов, ни врачей, а только люди, готовые всеми силами притти на помощь. Читатель, вероятно, найдет, что и рассуждения Принса не чужды сентиментальности, в которой он упрекал

пенитенциарную практику. Через пять лет Брюссельский конгресс счел соответственным заменить слова „исправление“ и „воспитание“ словом „приспособление“, как более объективным и деловым. Докладчик Лист в числе мер приспособления указал заточение в работный дом для совершивших преступление по мотивам праздности или дурного поведения, для опасных же рецидивистов рекомендовалось интернирование, т. е. лишение свободы на неопределенное время, „пока длится опасное состояние“. Предполагалось, очевидно, что интернат найдет средства смягчить или исправить опасное состояние преступника.

Еще через два года парижское совещание французского криминалистического общества (1912) выслушало доклад генерального прокурора лионского апелляционного суда г. Люба, который при сочувствии значительной части собрания уже совершенно отложил в сторону всякие сентименты и потребовал отмены разного рода льгот для обвиняемых, усиленного применения смертной казни и введения телесных наказаний. Тюрьмы должны стать действительным местом кары. Особые меры исправления для детей г. Люба готов признать, но с тем, чтобы каждому осужденному малолетнему перед освобождением под надзор давалась солидная порция розог. Смотреть на этот доклад исключительно как на пережиток старины (взгляд русских либеральных криминалистов) было бы поверхностно. Даже указание на „мелкобуржуазные идеалы, просочившиеся в среду французских криминалистов“, не исчерпывает вопроса. Люба не одинок в своих взглядах; его, убеждения питаются слабостью, если не абсолютной бесплодностью исправительной, воспитательной и т. п. системы.[1] Корни этих теорий скрыты в том же представлении об изолированной человеческой личности, которое пропитывает все отрасли буржуазной юриспруденции. Более того, в них это представление постигается несравненно полнее и отчетливее, нежели в теориях возмездия и устрашения. Действительно: последние не решались утверждать, что коренное преобразование человеческой личности требует ее изъятия из социальной среды и поставления в искусственную атмосферу тюремной камеры, где дурные инстинкты будут искореняться отсутствием соблазна, а хорошие внедряться облагораживающим влия-

[1] При изложении речей на съездах криминалистов я пользовался тщательно составленной работой П. И. Люблинского, „Международные съезды по вопросам уголовного права за 10 лет“. ПГ. 1915.

нием священника и тюремного надзирателя. Теория исправления сделала этот шаг. Любовь к труду, насаждаемая работными домами, и упрочение социально полезных инстинктов за переплетами тюремных решеток, поощряемое марочной системой наград за хорошее поведение, таковы не оставляющие сомнений результаты исправительной теории. С нею буржуазный индивидуализм в уголовном праве завершил цикл своего развития, показав, что в условиях капиталистического общества гуманность выступает как родная сестра лицемерия, а положительные завоевания научной теории разрешаются жалкими и уродливыми недоносками на практике.

VI. СУДЕБНОЕ ПРАВО.

63. Судоустройство. Судебное право содержит нормы о судоустройстве и судопроизводстве. Как таковое, оно считается частью государственного права, ибо определяет, с одной стороны, устройство известных государственных органов, с другой—порядок их деятельности. Естественно ожидать, что общие начала буржуазной юриспруденции отразятся и в нормах судебного права. Действительность оправдывает эти ожидания. Положение суда в общей системе государственных органов определяется двумя принципами: во-первых, принципом разделения властей, а во-вторых, уже знакомым нам принципом верховенства права. Суд должен быть независим — таков непререкаемый императив всех государственно-правовых теорий. Со времени Монтескье независимость суда считается характерным признаком всякого не-деспотического государства.

64. Независимость суда. В свободном образе правления,—учит автор „Духа законов“—разделены все три отрасли власти: законодательная, исполнительная и судебная. В умеренном правлении законодательная и исполнительная соединены в руках монарха, но судебная отделена и осуществляется независимым судом. Только в деспотическом государстве все три власти сосредоточены в одном органе.[1] Перед буржуазными юристами, начиная

---

[1] Montesquieu. „De l'ésprit des lois", Paris, Firmin Didot, 1867, pp. 129, 140 etc. Относящиеся сюда мысли Монтескье прекрасно систематизированы Ф. В. Тарановским в его „Заметках о Монтескье" (Записки Демид. Юрид. Лицея, 1913, кн. 1), а также в „Энциклопедии Права", 1-е изд. Юрьев, 1917; 2-е—Берлин, 1922.

с Бенжамена Констана и кончая новейшими идеологами правового государства, стал вопрос о том, как примирить подчиненное положение суда в качестве органа государства с его независимостью от суверенной государственной власти. Независимость же суда являлась основным требованием „общества"; в гражданских делах ею обусловливалась свобода оборота непосредственно, в уголовных—посредственно, по той хотя бы причине, что очень часто граница между гражданской неправдой и уголовным преступлением бывает почти неуловима.

Эта точка зрения была усвоена не сразу. Как предполагают некоторые авторы, первоначально независимость суда, основанная на покупке судебных должностей, создавалась в процессе борьбы буржуазии против феодальной власти. Но с переходом власти в руки буржуазии последняя, очевидно, была заинтересована в наиболее успешном подавлении своих классовых противников и, следовательно, в соединении судебной и исполнительной властей. На этой позиции стояли в конституанте такие видные ее члены, как Мирабо, Мунье, Казалес и др. Последний в заседании 5 мая 1790 г. очень определенно выразил свою точку зрения. „Во всяком политическом обществе существуют только две власти,—та, которая создает закон, и та, которая приводит его в исполнение. Судебная власть есть только простая функция, так как она состоит в простом и прямом применении закона". Взгляд Казалеса за последние десятилетия находит многочисленных приверженцев во французской науке, особенно среди административистов. Достаточно назвать Дюкрока и Леона Дюги, из которых последний пытался даже, впрочем, безуспешно, доказать, что Монтескье в сущности находится в его лагере.[1] Корни этого нового течения лежат бесспорно в обострении классовой борьбы к началу XX века. Доктрина Монтескье в ее классическом понимании имеет, однако, больше приверженцев. Здесь выступает указанное выше затруднение. Чтобы побороть его, буржуазная юриспруденция вынуждена подбирать самое замысловатое оружие из своего арсенала. Трудность задачи—в необходимости, с одной стороны, сохранить ярко выраженное властное верховенство буржуазного государства, с другой—обеспечить незыблемость защищаемого судом права. Еллинек находит выход посредством следующего рассуждения. Созда-

---

[1] См. историю этого вопроса у Эсмена, „Общие основания конституционного права". 1909, стр. 354.

ние государства есть метаюридический, выходящий из рамок всякого права, факт. В дальнейшем государство творит или санкционирует правовые нормы, тем самым свидетельствуя о господстве над ними своей воли. Но эти нормы обязывают и само государство. В акте правосозидания государство обязуется по отношению к своим гражданам осуществлять именно то право, которое им создано.[1] Отступая от этого обязательства, оно встречает веское напоминание со стороны суда, который является как бы чутким манометром, определяющим степень упругости правовой атмосферы.

65. Деятельность суда.

Продолжая и логически развивая эту цепь мыслей, современный голландский юрист Краббе пришел к учению о государстве, как корпорации, не только ставящей основной своей целью осуществление права, но и уступающей праву свой исторический суверенитет. Вместо поисков субъекта суверенной власти проще и правильнее провозгласить идею верховенства права.[2]

Так искушенные догматики-публицисты разрешили вопрос, который криминалистом Фойницким не решался, а, строго говоря, только бесплоднот автологически ставился: правительство в суде уголовном участвует в двух ипостасях—как сторона и как решающий дело орган. Власть государственная не совокупность властей, а единая власть, в разных сферах появляющаяся.[3] Чичерин подходит к вопросу с другой стороны. Беспристрастие судьи обусловливается вступлением его в спор между сторонами не по собственному побуждению, а по инициативе спорящих. Сторонами могут быть, разъясняет Чичерин, частные лица, тяжущиеся между собой, или частное лицо и закон, который подвергся нарушению.[4] Сопоставление в качестве сторон и притом равноправных частного лица и закона ничем не уступает по остроумию и замысловатости самым изысканным конструкциям германских юристов; за ними, впрочем, остается более широкий принцип верховенства права, которое действительно подводит базис под концепцию суда, не-

---

[1] Еллинек, „Общее учение о государстве". СПБ. 1908, стр. 206—209 также 268—270.

[2] Krabbe, „Die Lehre der Rechtssouveränität", Groningen, 1906. Не имея под рукой книги Краббе, пользуюсь изложением г. Магазинера, „Общее учение о государстве". СПБ. 1922, стр. 247 сл.

[3] Фойницкий, „Курс уголовного судопроизводства". Т. I. СПБ. 1912, стр. 159.

[4] Чичерин, „Курс государственной науки". Т. I, стр. 319.

зависимого от всякой власти. Операция, связанная с применением закона, носит характер почти математический,[1] как мы уже видели в вопросе о соизмеримости преступления и наказания. Старая правоверная юриспруденция, замечает Ортман, автор талантливого трактата о значении обычаев в развитии права, рассматривала деятельность суда в области применения права, как чисто логическую. Судье приходится не создавать, а лишь устанавливать правовое положение.[2] В этой фразе неправильно только одно: указание на старую юриспруденцию. Книга Ортмана издана в 1914 г. Годом позже вышла написанная под влиянием английского правоведения книга П. Г. Виноградова „Очерки по общей теории права", в которой мы читаем: „Стоящая перед судьями задача может быть сравнена с процессом логической дедукции, приводящим к так называемому силлогизму". Дальше, как обычно, поясняется, что статья закона есть большая посылка, обсуждаемый юридический факт—малая, судебное решение—вывод, а всему процессу усваивается название „субсуммирования".[3]

66. Изоляция суда. Только при таком укладе суда возможно, по господствующим учениям, верховенство права. Из арены борьбы, столкновения людских страстей и интересов, из бродильного чана, в котором осаживается муть и вздуваются пузырьки газа, суд превращается в хронометрически действующий механизм или картотеку, где материалы распределены по карточкам, пронумерованным и разложенным в строгом порядке. Для того, чтобы построить именно такой тип суда, юридическая мысль потрудилась немало. Отделение судебной власти имело в виду по возможности изолировать суд от бурных веяний, сотрясающих законодательство и администрацию, и тем обеспечить в нем безраздельное господство закона. К той же цели стремились законодатели, устанавливая господство юристов в суде, даже в суде присяжных, которые фактически играют лишь роль слухового приемника. Они пассивно воспринимают процесс, направляемый умелой

---

[1] „Суд разрешает арифметическую задачу: он слагает доказательства истца и вычитает доказательства ответчика и говорит первому из них, доказал или не доказал он свой иск"—такова характеристика гражданского процесса у А. Ф. Кони („Судебные речи", СПБ. 1888 стр. 525).

[2] P. Oertman, „Rechtsordnung und Verkehrssitte", Lpz. 1914. S. 1.

[3] П. Г. Виноградов, „Очерки по общей теории права", М. 1915, стр. 114.

рукой юриста-председателя и освещаемый с разных сторон усилиями юристов же, прокурора и защитника. Если и остаются прогалины в этом сплошном заграждении, то уж во всяком случае не по вине законодателя. Несменяемость судей—одна из аксиом буржуазного судоустройства. Юриспруденция стремится укрепить этот принцип, настаивая на ослаблении всех средств влияния, которыми располагает правительство по отношению к личному составу суда. Иеринг и вслед за ним Фойницкий указывают, что несменяемости могут быть противопоставлены награды и повышения, отсутствию иерархической подчиненности—оставление десятилетиями на одной должности.[1] Практические англичане превосходно учли этот момент. По мнению лучших английских юристов, сообщает выдающийся знаток англо-саксонского процесса Миттермайер, отсутствие в Англии министерства юстиции много способствует независимости суда.[2]

67. Законность в суде. В других странах конституции берут независимость суда под свою защиту, если не всегда действительную, то, во всяком случае, многообещающую. На ряду с независимостью обычно проводится и безусловное начало верховенства закона в суде. Ст. 86 прусской конституционной хартии 1850 г. гласит: судебная власть осуществляется независимыми, неподчиняющимися другой власти, кроме закона, судами. Ст. 87 той же конституции, предписывая назначение судей пожизненно, заботливо предупреждает своими запрещениями все уловки, на которые может пойти администрация с целью избавиться от неугодного судьи. Предусматриваются не только увольнение и перевод, но и временное увольнение от должности. Американская конституция, запрещающая удаление судей от должности, пока они „ведут себя хорошо“, обеспечивает им также вознаграждение, которое выдается в определенные сроки и не может быть уменьшено за время состояния судьи в должности (ст. 131, отд. I). В Греции гарантируется правосудие согласно постановлениям закона; пожизненность и несменяемость магистратов; чрезвычайные судилища запрещены (Конституция 1864 г., ст. 87—89). Весьма отчетливо проступают сказанные начала в уставе королевства Сербского: суды независимы. Отправление правосудия не подчинено никакой власти, а про-

[1] Фойницкий, т. I, 1912. стр. 203.

[2] Миттермайер, „Уголовное судопроизводство в Англии, Шотландии и Северной Америке“. 1864, стр. 43.

исходит только по закону. Ни правительственным, ни законодательным, ни исполнительным властям не принадлежит отправление правосудия, как и судам не принадлежит ни законодательная, ни исполнительная власть. Ни суд, ни судебная организация, ни судебная компетенция не могут быть установлены иначе, как по закону. Никогда и ни в каком качестве и ни от чьего имени не могут быть установлены как чрезвычайные, так и упрощенные суды, равно и судные комиссии (ч. VIII, ст. 146—147). Австралийская конституция обеспечивает судьям несменяемость и определенное не подлежащее урезке содержание. Для увольнения судьи от должности требуется постановление обеих палат парламента в одну и ту же сессию и согласие генерал-губернатора в совете (гл. III, ст. 71—2). В Японии „правосудие отправляется судами в силу закона". Законом же регулируется организация судов, члены которых могут быть лишены своей должности только по судебному приговору. Допускаются, правда, специальные суды, но только с определенной особым же законом компетенцией (конституция 1889 г., ст. 57—60). Бельгийская конституция 1831 г. более категорична: никакой суд, никакое разбирательство тяжб не может производиться иначе, как на основании закона. Установление чрезвычайных комиссий и судов под каким бы то ни было названием воспрещается. С особой тщательностью урегулировано в Бельгии назначение судей. Мировые судьи и судьи судебных установлений назначаются непосредственно законом. Назначение других магистратов производится королем на основании специальных списков по строго регламентированному порядку. Далее устанавливается несменяемость и пожизненность судей; жалованье же членам судебного сословия определяется законом и, повидимому, не может быть ни уменьшено, ни увеличено (гл. III, ст. 92—102). Новейшие конституции восприняли этот принцип полностью. Конституция Ирландского свободного государства 5 декабря 1922 г. постановляет: судьи независимы в осуществлении их должностных обязанностей и подчинены лишь конституции и закону (ст. 69). Почти в тех же выражениях польская конституция устанавливает, что судьи в исполнении своей должности независимы и подчиняются только законам (ст. 77). Любопытно, что конституция королевства Румынии не воспроизводит этих общепринятых положений. Ст. 104 весьма сдержанно указывает, что „судьи несменяемы в пределах особых условий, которые будут установлены законом".

Все эти мероприятия внушают буржуазным юристам уверенность в том, что суды действительно независимы и являются точными проводниками воли закона. На сцену выступает знакомое уже нам представление о личности, изолированной от общества и подвизающейся в чистой разреженной правовой атмосфере. Представление это, несмотря на все тонкости конституционного творчества, было и остается иллюзией. Судья, даже и независимый от министра юстиции, может быть—и действительно бывает—весьма зависимым от своей газеты, клуба, приятельского круга и других передаточных механизмов классового влияния. Изолированной личности нет в суде, как нет ее и в других областях социальной жизни.

68. Судопроизводство. Процессуальное правоотношение в гражданском процессе.

Выше отмечалось, что по своей социологической природе суд есть прежде всего арена борьбы, столкновения враждебных, часто непримиримых интересов. Законодатель принял все меры к тому, чтобы особенности организации суда обеспечивали автоматизм и чисто логическую процедуру его деятельности. Но под давлением широких общественных кругов в процесс внедрилось начало публичности, которая принесла с собой чаяния масс, идеи права и справедливости, вырабатывавшиеся вне судебного зала и парламентских кулуаров. Новые рычаги стали выгибать линию судебной практики, „обманчивое непостоянство самопроизвольных толкований“ начало заменять геометрическую логику закона. На борьбу с этим „болезненным“ явлением выступила новая конструкция процесса, как правоотношения, автором которой считается Бюлов. По его доктрине, процесс—трехстороннее юридическое целое, состоящее из разнообразных элементов, частью из взаимной правовой связанности сторон, частью из публично-правовых обязанностей суда и отвечающих им прав сторон. Теория Бюлова встретила весьма дружественный прием в науке и породила несколько разновидностей, представляемых Гелльвигом, Колером, Вахом, Канштейном и др.

В русской литературе на основе учения Бюлова построен замечательный труд А. Х. Гольмстена. Вслед за немецким процессуалистом этот ученый подчеркивает чрезвычайную сложность процессуального отношения. Он считает даже, что невозможно дать исчерпывающее перечисление всех прав и обязанностей, из которых это отношение слагается. Тем не менее, А. Х. Гольмстен с первого абцуга выделяет

право истца на предъявление иска и соответствующую обязанность суда на его принятие и дачу дальнейших распоряжений, в частности по вызову ответчика, который опять-таки имеет право явиться и защищаться и т. д. [1] Вся книга А. Х. Гольмстена, представляющая редкий образец догматической стройности, построена применительно к основной идее автора. В первой части изучаются элементы процессуального отношения: его субъекты, — суд и стороны, объекты — процессуальные действия в отношении форм, времени, места и условий их совершения, наконец, юридическая связь между субъектами и объектами. Вторая часть посвящена важной особенности процессуального правоотношения—его развитию, которое изучается сначала с материальной, а затем с формальной стороны. Автор описывает возникновение, движение, изменение и прекращение права по всем школьным рубрикам; стройность схемы не страдает от добавления главы, трактующей об охране гражданского процессуального правоотношения. Интересно, что А. Х. Гольмстен остался почти одиноким в своем последовательном применении доктрины Бюлова. Другой видный процессуалист Е. В. Васьковский с недоумением отмечает это обстоятельство. Почти в каждом учебнике, выходящем на Западе, выставляется заслуга Бюлова и торжественно признается его теория. Но, кроме голого признания, влияние теории ни в чем не выражается, и понятие юридического отношения ничем не представлено в конструкции отдельных процессуальных институтов. [2] С нашей точки зрения иначе и быть не могло. Процесс есть, быть-может, юридическое отношение, но в гораздо более сильной степени он есть отношение социальное. Это последнее обстоятельство нарушает мерный темп догматического движения. Вместо чертежа получается мозаика или сооружение с многочисленными флигельками и пристройками, имеющее в виду цели не столько изящества, сколько удобства.

69. Уголовно-процессуальное правоотношение.

Уголовное судопроизводство, замечает И. Я. Фойницкий, стоит в самой тесной связи с гражданским по построению и по форме. [3] Естественно ожидать, что и в науке уголовного процесса мы столкнемся с попытками аналогичных гражданскому конструкций. Но

---

[1] А. Х. Гольмстен, „Учебник русского гражданского судопроизводства“. Спб. 1913, стр. 2.

[2] Е. В. Васьковский, „Курс гражданского процесса“, т. I, М. 1913, стр. 687.

[3] Фойницкий, указ. соч. т. I, стр. 4.

относительная слабость индивидуализма в уголовном праве по сравнению с гражданским дает себя чувствовать и в процессе. В. К. Случевский склонен думать, что конструкция правоотношения не приложима к уголовному процессу. [1] В его взгляде сказывается сознание большей, так сказать, насыщенности уголовного процесса социальными элементами. Но разница, очевидно, количественная, а не качественная. В германской науке отрицаемая В. К. Случевским доктрина пользуется сильным весом. Густав Радбрух, повторяющий в общем более принятые мнения, характеризует уголовный процесс, как юридическое отношение, и притом между равноправными сторонами—обвинителем и обвиняемым. [2] Русские процессуалисты Н. Н. Розин и Г. С. Фельдштейн примыкают к этой теории вслед за Биндингом и Биркмейером. Даже критически относящийся к ней П. И. Люблинский дает весьма родственную сказанному течению концепцию. Впрочем, он отмечает любопытный факт, подобие которого мы уже наблюдали в науке гражданского процесса. Как Биндинг, так точно и Розин, ограничиваются первый просто декларированием теории правоотношения, а второй использованием ее в плане изложения. У проф. Фельдштейна та же теория проведена глубже, но, как констатирует П. И. Люблинский, это вредно отзывается на ясности и отчасти даже правильности изложения. [3] Выше указаны причины такого же явления в гражданском судебном праве.

Для полноты аналогии приведу детали конструкции уголовного процесса, как правоотношения: субъекты—суд, как носитель судебной власти, стороны как носители соответственных интересов, само отношение— публично-правовое и развивается, двигаясь по ступеням. Даже графические изображения обоих процессов, приводимые в курсах и учебниках, почти одинаковы. Из этих совпадений, собственно говоря, стала выкристаллизовываться наука судебного права, как единое целое; до того времени существовали только отдельные науки гражданского и уголовного процессов. Образование новой обобщающей науки сказалось усилением абстрактных моментов в ее объекте. Такой результат совершенно в порядке вещей. Общая часть гражданского права

---

[1] В. К. Случевский, „Учебник русского уголовного процесса". Спб. 1913, стр. 19.

[2] Г. Радбрух, „Введение в науку права", М. 1915, стр. 83.

[3]) П. И. Люблинский. Новая теория уголовного процесса, Пг. 1915, стр. 5.

отвлеченнее его особенной части, но конкретнее общей теории права в целом. Теория же процесса как правоотношения, имеет все шансы стать общей частью судебного права и, следовательно, испытать судьбу, выраженную в известном правиле школьной логики: объем понятия обратно пропорционален его содержанию. [1] Итак, с этого момента как в гражданском, так равно и в уголовном производстве исчезают живые люди, даже социальные типы. На сцене остаются обезличенные носители прав. В их числе государство, выступающее не как огромный живой коллектив, заинтересованный в судьбе процесса. Оно фигурирует в виде управомоченного субъекта и беспомощно барахтается в узких петлях правоотношения, где одновременно должно воплощаться в лице своих органов и стоять над ними, как божество в лицах единосущной и триипостасной троицы. Подсудимый, истец, ответчик тоже не члены—составные единицы коллектива, от поведения и благосостояния которых зависит благо целого; они—субъекты прав, разворачиваемых и реализуемых в пределах соответствующих статей с целью демонстрации верховенства права, и больше ничего.

70. Принципы процесса. Состязательность.

Если откинуть государственную власть, затемняющую эту конструкцию своим публично-правовым характером, то сквозь прихотливые контуры современного процесса ясно проступят знакомые прямолинейные очертания третейского, в частности древне-римского производства стадии in judicium. И как в третейском суде, первое следствие такого понимания вопроса — широкая личная автономия сторон, которая выражается в основных принципах процесса. [2] Принцип состязательности в уголовном процессе предполагает обязательное участие двух противных состязающихся сторон. Большинство ученых единодушны в признании за ним коренного значения в современном гражданском и уголовном процессе. Стороны суть главные двигатели процессуальных действий. Они представляют суду доказательства законности своих требований, настаивают на их осуществлении, увеличивают, либо уменьшают их объем и отказываются от своих прав. Суд сохра-

---

[1] Гегель, как известно, расходится с этим учением о понятиях и упрекал его в отвлеченности. Для него понятие есть „истинно-конкретная целость“, которая содержит в себе, кроме всеобщности, также моменты особенности и единичности. Logik, hrsgb. v. Henning, Berlin, 1839, § 164.

[2] Гольмстен, указ. соч. стр. 139.

няет при этом известную независимость, но активная роль его сильно умаляется. Австрийский процессуалист Глазер учит, что даже объем судебного следствия определяется по желанию сторон, а не по усмотрению суда.[1] После этого очевидно, что и стадия предварительного следствия, имевшая почти исключительно розыскной характер, должна была подвергнуться переработке и преобразованию на началах принципа состязательности. Вопрос о таком преобразовании стоял на повестке целого ряда международных конгрессов судебных деятелей. Начало положил Будапештский конгресс 1899 г., который принял резолюцию проф. Гарсона, слишком общую по формулировке и намечавшую лишь отделение функций полицейских от судебных. Петербургский конгресс криминалистов в 1902 г. продолжал эту линию, а Дрезденское совещание (1903) германских криминалистов первоначально собиралось вовсе отменить предварительное следствие, как неподдающееся достаточному преобразованию в смысле усиления состязательности; лишь после долгих прений и горячих протестов практиков решено было удовольствоваться реформой вместо отмены.

В гражданском процессе принцип состязательности проведен еще более ярко. Можно сказать, что в основном им окрашивается вся деятельность суда. Предполагается, что стороны более кого бы то ни было заинтересованы в собирании и представлении доказательств, каждая в свою пользу. Предполагается далее, что усердие сторон в этом деле не будет выходить за пределы закона и доброй совести. Тем самым облегчается задача суда. Самодеятельность тяжущихся, снабдившая судей достаточным материалом, расчищает почву для судейского силлогизма: большая посылка—закон, малая дана усилиями сторон, суду остается лишь произвести ту операцию, которая в учебниках логики красиво изображается разными сочетаниями кругов, вкладываемых и налагаемых один на другой. Материальная истина вполне основательно изгоняется из этого царства, где имущественный интерес отдистиллирован в силлогистические формы. В уголовном процессе поучают выдающиеся немецкие процессуалисты Канштейн и Корнфельд, исследуется истинность самых фактов, в гражданском же—истинность заявлений сторон о фактах. Поэтому, резюмирует г. Васьковский, суду нет основания разыскивать действительные обстоятельства процесса: он обязан принять в соображение

---

[1] Фойницкий, цит. соч., т. II, стр. 228.

лишь те обстоятельства, из которых делают выводы сами тяжущиеся.[1] Последовательно проведенный принцип состязательности дал те ядовитые плоды, к которым справедливо относят судейское равнодушие и формализм, адвокатскую эквилибристику, мошенническое крючкотворство изучивших все лазейки дельцов и народное представление о суде, как о занятии не только бесплодном, но и разорительном: с сильным не борись, с богатым не судись.

Все эти явления не ускользнули от более или менее беспристрастных наблюдателей и даже породили преувеличенные представления о связанных с ними бедствиях. В небольшой, но очень любопытной книжке московский юрист г. Краевский пытался доказать, что ужасающим растлением нравов своей буржуазии Франция обязана более всего суду, построенному на формализме и на строго выдержанных началах состязательного порядка в судопроизводстве.[2] Здесь, конечно, мы имеем один из парадоксов того миросозерцания, которое Энгельс называл „юридическим и, следовательно, буржуазным“: юрист всегда склонен приписывать праву слишком много значения, и обожествляя его и низводя его на степень корня всех зол и бедствий. Но, во всяком случае, дефекты состязательного производства обрисовывались с полной ясностью, и уже судебное право начала XX в. принимается за ограничение этого порядка. Несомненно, что классовые интересы господствующих групп сильно затормозили невыгодную для них и противоречащую всему духу буржуазного оборота реформу. В юридической идеологии это отразилось неопределенностью линии большинства писателей, ограничившихся, как это видно из сделанной г. Васьковским сводки, общими замечаниями о необходимости гармонического сочетания обоих принципов (состязательности и судебного вмешательства).

71. Диспозитивность. Что касается диспозитивности, т.-е. общего права сторон делать из своих процессуальных и материальных правомочий то употребление, какое им будет угодно, то одни писатели считают ее матерью, а другие родной сестрой состязательности. Близкое родство этих двух принципов очевидно. Поэтому более близкое исследование начала диспозитивности в проникнутом ею гражданском процессе излишне. Зато

---

[1] Васьковский, там же, стр. 381.

[2] А. Краевский, „Практические заметки о свойствах состязательного начала“. СПБ. 1897, стр. 96.

нельзя пройти мимо любопытного применения этого принципа в уголовном процессе. Сенатом разъяснено, что если защита своевременно не протестовала против нарушения ее прав, то таковое нарушение не может служить основанием к отмене приговора. [1] Здесь сведен на нет публично-правовой характер уголовного процесса. В самом деле, правоохраненный интерес общества на раскрытие уголовным процессом материальной истины во всей ее полноте суживается до пределов частного права стороны в процессе, которое она должна оберегать по правилу: jura vigilantibus scripta sunt (законы пишутся для бодрствующих). Гарантия правильности судебного решения, воплощаемая в строгих требованиях процессуальных правил, стушевывается перед победоносным наступлением диспозитивности и состязательности. На помощь этим двум ударным отрядам буржуазно-индивидуалистического правосознания приходит еще принцип так называемой равноправности сторон. Вряд ли есть смысл более близко останавливаться на его значении. Процессуальная равноправность по существу не более, как малокалиберное издание конституционного начала равенства, уже обрисованного при рассмотрении рефлексов индивидуализма в государственном праве.

72. Свобода личности в уголовном процессе.

Последним процессуальным принципом этой категории является свобода личности в уголовном процессе, иначе говоря, совокупность правил, имеющих целью обеспечить наименьшее стеснение свободы обвиняемого в стадии предварительного следствия. В сознании некоторых криминалистов эта задача является не менее важной, нежели оборона государства от преступности. Так думает, между прочим, Лист. Густав Радбрух, обладающий способностью ярко выражать парадоксальные мысли, формулирует данное воззрение в том смысле, что уголовное право стремится защищать не только государство от преступника, но и преступника от государства. [2] Известна максимальная заботливость о правах подследственного, проявляемая английским правом. На полицейского инспектора и следственного судью возлагается даже обязанность предупредить обвиняемого, что всякое данное им показание может быть обращено против него же на суде. Предварительный арест одно время почти исчез из английской практики,

---

[1] Решение Уг. Касс. департ. 1882 г. № I.
[2] Г. Радбрух, Введение, стр. 61.

будучи постоянно заменяем обеспечением. Но уже к средине XIX столетия право мировых судей допускать обеспечение все более и более ограничивалось статутами, и, в конце концов, свелось лишь к случаям обвинения в преступлениях не особо тяжких (misdemeanors), [1] В русской литературе этому вопросу посвящено обширное исследование П. И. Люблинского, исходящего в своих построениях по преимуществу из принципа ценности личной свободы. Небезынтересна его конструкция принуждения, как „насильственной деятельности, возникающей при противоречии стремлений двух субъектов, из которых один предписывает выполнение своего стремления другому". [2] Желая довести до минимума эту „насильственную деятельность" и расшатать приводимые в ее пользу аргументы, проф. Люблинский исключает из непосредственных целей судебной деятельности даже „устранение возможности совершить новые преступления". [3] Кажется, что в погоне за magna charta для заподозренных почтенный криминалист шагнул слишком далеко. И виновна в этом скорее всего приведенная выше глубоко индивидуалистическая концепция принуждения, в которой социальная деятельность, вызываемая социальными причинами, преломляется как конфликт двух субъектов. Отсюда проникнутое волею к „равноправности" сознание выносит резкое отвращение к принудительным актам. Вместо фона целесообразности вырисовывается в конечном счете этический фон, и на нем мысль автора вышивает узоры нередко тонкие и остроумные, но в общем приходящиеся к типу юриспруденции, обрисованному выше.

---

[1] Миттермайер, цит. соч. 139. Иначе Стифен, 201.

[2] П. И. Люблинский, „Свобода личности в уголовном процессе". СПБ., стр. 12.

[3] Там же, 25.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

8425

Цена 90 коп.

